

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

La Notion de Préposé et l'Idée de Fonction

*Étude de Technique Jurisprudentielle
en Droit privé français*

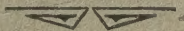
THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 8 Décembre 1933, à 14 heures

PAR

RADU D. VERNESCO

PRÉSIDENT : M. DEMOGUE, Professeur.
SUFFRAGANTS : M. MOREL, Professeur.
M. CAFFIN, Professeur.



PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON & C^{ie}
160, RUE SAINT-JACQUES

—
1933

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

La Notion de Préposé
et
l'Idée de Fonction

*Étude de Technique Jurisprudentielle
en Droit privé français*

A MES CHERS PARENTS
ET A MON CHER FRÈRE PAUL
En témoignage d'affectueuse reconnaissance.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

La Notion de Préposé et l'Idée de Fonction

*Étude de Technique Jurisprudentielle
en Droit privé français*

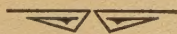
THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 8 Décembre 1933, à 14 heures

PAR

RADU D. VERNESCO

PRÉSIDENT : M. DEMOGUE, Professeur.
SUFFRAGANTS : M. MOREL, Professeur.
M. CAFFIN, Professeur.



PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON & C^{ie}
160, RUE SAINT-JACQUES

—
1933



« ... le secret intime de la vie, juridique ne s'aperçoit pas de l'observatoire élevé des spéculations abstraites, mais ne peut être saisi que de près et sur le terrain concret de son développement vivant. »

Fr. Génv : Science et technique en droit privé positif. Paris 1914. Introduction p. 5.

INTRODUCTION

Objet et intérêt de l'Etude.

Le présent ouvrage — comme son titre l'indique — est une étude de technique jurisprudentielle ; nous nous proposons d'y examiner le rôle que joua la Jurisprudence dans l'application de l'art. 1384 § 5 du Code civ., qui déclare les maîtres et commettants civilement responsables « du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles il les ont employés ».

On sait que nulle part la loi ne définit le contenu des termes de commettant et de préposé, de même que nulle part elle n'éclaire la nature du rapport qui les unit ; et c'est à la Jurisprudence qu'incomba, tout naturellement, la tâche bien difficile de préciser, par une continuelle adaptation du principe aux nécessités nouvelles d'une Société en pleine transformation, le sens et la portée de ces deux notions.

Aussi changèrent-elles plus d'une fois d'aspect et leur contenu, de nos jours, n'est plus du tout le même que celui

de la fin, et, à plus forte raison, que celui du commencement, du XIX^e Siècle ; depuis une vingtaine d'années environ, depuis quelques années surtout, de tels changements se sont produits que le problème se pose aujourd'hui, aux yeux du commentateur, sous un jour complètement nouveau ; et à l'élargissement considérable du *domaine* de la responsabilité des commettants, nous verrons correspondre une nouvelle conception des « *critériums* » et des *conditions* de la dite responsabilité (1).

Certes, l'importance de ces changements ne pouvait échapper à la Doctrine (2) et, de fait, bien nombreux sont les auteurs, qui, soit dans des traités généraux sur la responsabilité délictuelle, ou dans des notes de jurisprudence, soit dans des articles de revue ou des thèses de doctorat, ont

(1) Cette extension du domaine de la responsabilité des commettants n'est pourtant pas admise par l'unanimité de la doctrine, et certains auteurs classiques, notamment, sont très disposés à l'ignorer. C'est ainsi que M. Flour dans sa thèse récente (Caen 1933) sur « Les rapports de commettant à préposé dans l'art. 1384 du code civil », déclare (pp. 243-244) : « ... *aussi serait-il vain de parler ici d'évolution*, de penser que, partant d'une conception restrictive des rapports de commettant à préposé, on en a continuellement étendu le domaine. S'il est vrai que le souci d'indemnisation de la victime est de plus en plus vif, les circonstances extérieures évoluent plus que les principes. Le changement ne consiste que dans une adaptation de ceux-ci à ceux-là et ce n'est, le plus souvent, qu'une application nouvelle des mêmes idées, qui, par son résultat imprévu, *fait croire* qu'elles se sont modifiées ». — C'est ainsi que, plus généralement, M. Bonnetante tente de réduire les transformations réelles du droit à des changements plutôt apparents : « toute la question est de savoir, s'il n'existe pas à la base de ces transformations, *plus souvent apparentes que réelles* d'ailleurs, un élément permanent ou immuable d'où partiraient, sans interruption, des directives d'ordre général » etc... Bonnetante : Science du droit et romantisme. Paris 1928 p. 532.

(2) V. Henri Capitant dans le Traité de la responsabilité civile de MM. H. et L. Mazeaud. Préface p. XII.

contribué, depuis quelques années, à l'éclaircissement des différents aspects du problème qui nous intéresse (1).

Cependant, malgré cette vaste et remarquable littérature, nous pensons qu'il y a peut-être encore place pour une étude qui se proposerait de dégager les grandes lignes de l'évolution technique du problème et qui tâcherait, plus particulièrement, de saisir la signification de la Jurisprudence toute récente, et de ses transformations. Car, pour nous, il n'y a pas de doute, le problème a changé d'aspect (2). Des pers-

(1) Pour les *traités* les plus récents, voir surtout :

Gardenat et Salmon Ricci : De la responsabilité civile. 1927. Préface G. Ripert. — Lalou : La responsabilité civile 1928. — H. et L. Mazeaud : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, Paris 1931. Préface H. Capitant.

Pour les *notes jurisprudentielles* les plus récentes :

Savatier note sous Crim. 13 janv. 1922, D. P. 1923, I, 5 ; note sous Civ. 19 janv. 1927, D. P. 1928, I, 17 ; note sous Req. 1^{er} mai 1930 et Civ. 24 juin 1930 (deux arrêts), D. P. 1930, I, 137. — Ripert note sous Civ. 21 févr. 1927, D. P. 1927, I, 97. — André Besson note sous Dijon 20 juill. 1927, D. P. 1928, 2, 13 ; note sous Paris 14 mars 1930, D. P. 1930, 2, 115. — René Dallant note sous Paris 5 déc. 1925, D. P. 1929, 2, 95 ; note sous Crim. 9 janv. 1931, D. P. 1931, I, 171. — Jean Loup note sous Toulouse 6 mars 1930, D. P. 1930, 2, 97. — Paul Pic note sous Civ. 6 juill. 1931, D. P. 1931, I, 121 ; note sous Trib. civ. Toulouse 9 janvier 1931, D. P. 1931, 2, 40 ; note sous Trib. civ. de St-Etienne 27 août 1931, D. P. 1931, 2, 113.

Pour les *thèses* les plus récentes, voir surtout :

Maurice Zingher : De la responsabilité civile du commettant. Th. Paris 1933. — René Dallant : La notion de préposé dans l'art. 1384 du C. c. Th. Poitiers 1927. — Mohamed Hilmy Bahgat : La responsabilité du commettant à raison des faits de ses préposés. Th. Paris 1929. — Jacques Flour : Th. Caen 1933 précitée.

Pour les ouvrages généraux et les articles de revue, voir :

Demogue : Traité des Obligations, V, et chroniques dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1908-1930.

(2) « Le droit comme toutes les choses sociales n'est-il pas en état perpétuel de transformation ? »

Léon Duguit : Les transformations du Droit public, Paris 1913. Introduction p. IX.

pectives nouvelles s'ouvrent de toutes parts ; des arrêts récents sont là, et de leurs solutions se dégage comme une directive, comme une orientation nouvelle. Nous allons d'abord mesurer tout le chemin déjà parcouru depuis 1804 par la jurisprudence. Nous tâcherons ensuite de saisir l'esprit de cette évolution, tel qu'il semble s'imposer aux développements futurs du problème.

*
* *

Méthode à suivre.

Ce n'est certes pas là, une tâche aisée. Car, d'une part, le domaine de la responsabilité délictuelle constitue en général le champ de controverse par excellence des représentants des deux grandes doctrines bien connues : doctrine de la faute et doctrine du risque ; et quelle que soit la direction où l'on s'engage, le terrain vous est, pas à pas, contesté.

D'autre part, et plus particulièrement, l'évolution normale du problème de la responsabilité des commettants a été, en quelque sorte, retardée par le fait que l'on a considéré — comme nous le verrons plus loin — les critères divers, auxquels on a eu recours comme de véritables conditions « sine qua non » de la dite responsabilité. A ce point de vue, tout un travail de déblaiement devra être entrepris.

Enfin, le problème a été encore compliqué par la manière dont il a quelquefois été envisagé par certains représentants de la doctrine et obscurci par certains vices de leur méthode.

A cet égard, signalons dès à présent, quitte à revenir ensuite avec plus de détails sur ce point, l'erreur commise, à

notre avis, par certains auteurs (1) qui, dans le seul but d'imposer à tout prix un certain fondement ou un certain critérium à la responsabilité des commettants, traitent au chapitre des « éléments connus » de la dite responsabilité de questions qui, justement, à cause de leur caractère controversé, ne pouvaient que difficilement y figurer (2).

C'est là, nous semble-t-il, confondre les données de la question à résoudre avec l'un de ses aspects ; et l'on peut facilement en induire combien un tel procédé est de nature à fausser, dès le début, le problème tout entier de la responsabilité des commettants. A ce propos, nous pensons qu'un certain esprit de détachement et d'absence de tout parti pris est une première condition indispensable à toute méthode rigoureuse de travail.

De même, l'ordre dans lequel les questions seront étudiées ne nous semble pas non plus indifférent ; et c'est ainsi que, pour illustrer notre pensée par un exemple, il importe, selon nous, d'étudier les variations du domaine avant d'aborder l'étude du fondement de la responsabilité des commettants ; car de ce fondement on ne sait rien *à priori* ; tandis que du domaine on sait au moins une chose : c'est qu'il a changé.

D'ailleurs, l'accroissement du domaine n'est pas provoqué par une modification du fondement, qui n'est, lui, qu'une *vue abstraite*, une *explication théorique* de la matière ; mais il est déterminé par des exigences sociales et pratiques, (impérieuses comme toutes les nécessités de cet ordre), et qui réclament une application plus large du principe, avant de se

(1) Flour : Th. Caen 1933 précitée, p. 20 : Chapitre premier : Les éléments connus de la question.

(2) Nous retrouverons plus loin ce point en traitant du droit de recours du commettant contre son préposé.

demander quelle pourra être, *a posteriori*, la justification que la doctrine en donnera.

Un certain ordre dans le développement des questions s'impose donc, nécessairement.

Enfin il importe de bien mettre en évidence une règle de méthode, dont nous ne saurions trop souligner l'importance, et sur laquelle, d'ailleurs, nous nous attarderons quelque temps.

Certains auteurs récents parlent du danger qui menacerait l'interprète à trop insister sur les arrêts de la jurisprudence ; en effet disent-ils : « ... il y a surtout des cas d'espèce et... les principes ne peuvent le plus souvent se dégager avec certitude que de l'accumulation des solutions » ; dès lors : « il importe *de ne pas insister* trop longuement sur certaines et de n'exposer qu'à titre *exceptionnel* les circonstances dans lesquelles elles sont intervenues. Le résultat de la systématisation doit être seul donné : *l'écueil* à éviter reste *l'exégèse* des arrêts » (1).

Or, n'y a-t-il pas, tout d'abord, dans ces vues, une certaine dose d'exagération ? Et la doctrine ne reconnaît-elle pas, en général, la difficulté de tracer une limite bien précise entre « arrêts de principe » et « arrêts d'espèce » ? « Nous avouons », dit M. Gény, « goûter assez peu la distinction que l'on pose... entre les arrêts de principe et les arrêts d'espèce. Pour nous toute décision judiciaire est décision d'espèce, en ce sens qu'elle ne s'impose que pour le cas particulier qu'elle résout... mais d'autre part les directions générales qui s'en dégagent... contribuent toujours à l'affermissement et à la précision des principes » (2).

(1) Flour : th. précitée, p. 8.

(2) Gény note sous Paris, 21 févr. 1930, S. 1930, 2, 99, p. 99, col. II. Pour la distinction très nuancée des arrêts de principe

Mais l'exagération n'est rien à côté du vice de méthode qu'elle laisse perfidement s'insinuer ; et, à cet égard, nous sommes de ceux qui pensent, que rien ne saurait être plus instructif et plus intéressant pour la connaissance scientifique des aspects nouveaux que peuvent présenter les problèmes du droit dans leur continuelle évolution, qu'une attentive, qu'une patiente analyse des arrêts de la Jurisprudence (1). Son rôle en notre matière a été immense ; elle a tout fait, pour ainsi dire ; et c'est pourquoi nous pensons qu'il est absolument indispensable d'étudier ces arrêts de très près, avec toutes les circonstances de la cause, avec tous les détails, même les plus minimes, pour que, de leur ensemble, se dégagent les véritables principes directeurs de la matière. Ce point, d'ailleurs, nous semble trop important, pour que nous ne soyons tentés d'y insister un moment encore et d'ouvrir ici une parenthèse. Nous montrerons très rapidement quelle est, à nos yeux, la signification du rôle de la Jurisprudence, tant dans l'élaboration théorique et scientifique, que dans l'application technique et pratique des principes du droit. A cette occasion, l'on verra la conception générale que nous nous faisons du Droit et en même temps le rapport direct qui unit cette conception géné-

et des arrêts d'espèce voir : Demogue : Les notions fondamentales du Droit privé. Paris 1911, p. 220-221.

(1) « Toute théorie juridique qui n'a pas pour point de départ l'observation *minutieuse, attentive* des faits et qui n'en est pas la synthèse *exacte et adéquate* est dénuée de valeur ». Gaston Jèze : Les principes généraux du droit administratif 1914 2^e édit. préface p. IV. De même : « La Jurisprudence sert de substratum et fournit son matériel au travail de la Doctrine ». Gény préface p. IX au livre de M. E.-H. Perreau : Technique de la Jurisprudence en droit privé Paris 1923. V. aussi Titulesco. Essai sur une théorie générale des droits éventuels Th. Paris 1907 (Introduction).

rale à la *méthode* que nous utiliserons dans le cours de notre étude.

*
**

Et, tout d'abord, le Droit est-il une *Science* ou bien un *Art* ? Car il nous semble que la vive opposition des auteurs sur le rôle de la Jurisprudence découle surtout de la réponse que l'on donnera à cette question. Deux conceptions diamétralement opposées se sont fait jour sur ce problème essentiel, et il importe, avant de critiquer le système opposé au notre, d'exposer d'abord nos propres idées sur ce point.

Disons tout de suite, que nous nous rallions au système de ceux qui pensent que le Droit est avant tout une Science (sociale), c'est-à-dire — comme toute Science, en général — une systématisation rationnelle de certains résultats fournis par l'expérience (1). Dans son admirable ouvrage, *Science et Technique en droit privé positif*, le doyen Gény a parfaitement montré le rôle que jouent dans l'élaboration scientifique du Droit ces données fournies par l'expérience sociale, et découlant soit, en général, des conditions naturelles d'existence de l'homme (données naturelles) soit, plus particulièrement, des conditions d'évolution historique propres à chaque peuple et à chaque pays (données historiques) (2). Ces données, se projetant d'elles-mêmes sur le plan de l'intelligence, fournissent au jurisconsulte les matériaux nécessaires à sa construction abstraite, et conditionnent les efforts de synthèse qui aboutiront à la détermination des principes du Droit. Que peut-il y avoir de plus intéressant, à cet égard, que de comparer les Sciences sociales aux Sciences natu-

(1) Gény : *Science et Technique*. Tome I, page 69.

(2) Gény : *Science et Technique*. Tome II, pages 371 et 376.

relles et d'examiner le rôle essentiel que joue, dans ces deux branches différentes de la connaissance, le facteur expérimental ?

Certes, pour les Sciences naturelles, le procédé d'élaboration des lois ou principes est bien connu. Le Savant, sollicité par de nombreuses expériences précédentes, émet, un jour, une hypothèse. Celle-ci, se transformera évidemment, en un véritable principe scientifique le jour où des expériences nouvelles viendront en confirmer l'exactitude.

Mais le procédé n'est-il pas le même en ce qui concerne les Sciences sociales ? Il arrive que la Jurisprudence ou bien la Doctrine, frappées par l'iniquité d'une solution juridique précédemment admise, sollicitées par les besoins sans cesse renouvelés de la Société moderne, émettent, un jour, une *hypothèse*. Ce n'est pas encore là un principe juridique nouveau, car la théorie émise pourrait ne pas convenir aux besoins pour lesquels elle a été faite. Mais elle le deviendra le jour où le législateur ou bien la jurisprudence en auront fait une large et constante application, où ils l'auront, en d'autres termes, *expérimentée* (1).

(1) « Aucun obstacle, non plus, à l'usage de l'hypothèse, prise comme tentative d'organisation, sinon d'explication, des réalités sociales, à condition de la vérifier par l'observation et l'expérimentation et de ne jamais oublier son caractère artificiel et schématique ». Gény : Science et Technique. Tome I, p. 191. Et, de même, « La science (au sens large du mot) est uné, en tant qu'elle vise à découvrir les ressorts et les agencements intimes de la réalité... Partout, on commence par une certaine observation des choses... partout, on induit sur la base de l'idée déterministe... partout, intervient l'hypothèse (dont la théorie et le système ne sont que des formes accentuées) pour frayer la voie à de nouvelles recherches, dont le résultat sera vérifié par l'observation réfléchie ou par l'expérimentation, dans la mesure où le comportent les réalités à scruter ». Gény : Science et Technique. Tom. I, pp. 172-173. Voir aussi Gény : *op. cit.* Tom. I, p. 184 ; p. 201.

Ce qui rapproche donc les Sciences sociales des Sciences naturelles, c'est l'analogie du rôle que joue dans l'élaboration des lois ou des principes le facteur *expérimental* (1). (D'ailleurs les données expérimentales ne forment-elles pas le substratum des hypothèses elles-mêmes ? Et toute conception scientifique, n'est-elle pas bâtie avec des matériaux empruntés aux expériences du passé ?) (2).

Maintenant, le rôle de la Jurisprudence, en matière d'élaboration scientifique des principes du Droit, se double d'un autre, au moins tout aussi important, d'ordre purement technique (3) concernant la portée d'application pratique et, par conséquent, le véritable contenu du principe juridique dont il s'agit. Envisagée sous ce rapport, la Jurisprudence représente la partie vivante de l'étude du Droit (4).

(1) « De la sorte, l'examen de la Jurisprudence paraît jouer vis-à-vis de la Science du Droit le rôle qui revient à l'observation des faits dans les Sciences expérimentales ». E.-H. Perreau : Technique de la Jurisprudence en droit privé, avant-propos, p. XVIII.

Et de même, GénY : Science et Technique, tome I, p. 184 : « Ici, les réalités... paraissent d'abord indispensables pour fournir les principes, où l'on puisse asseoir les inférences. En même temps elles permettent seules de contrôler le résultat de celles-ci par une confrontation décisive avec les exigences de la vie. Bien mieux, et en dehors même de cette intervention prélogique et postlogique, *l'auscultation profonde des choses* accompagnant constamment le dégagement des concepts... jouera ici le rôle de la *vérification expérimentale*... »

(2) « Ce qu'on appelle conception à priori n'est qu'assemblage aussi régulier que possible de notions... dérivées... *d'expériences sommaires* ». A. Espinas : Etudes sociologiques en France, Dans Revue philosophique tom. XIV p. 357 2^e art.).

(3) GénY : Science et Technique, tome I, p. 192. Bonnecase : Science du Droit et Romantisme, Ch. III, p. 265.

(4) « C'est qu'au fond la technique juridique opère la médiation nécessaire entre les préceptes schématiques de notre discipline et la *vie* concrète de l'humanité... elle exprime dans toute sa puissance le caractère *réaliste* qui nous a paru devoir rester la marque propre de la méthode du Droit. GénY : Science et Tech-

Mais justement parce que vivante, elle est sujette à changement ; et là, nous touchons, non plus à l'analogie, mais aux différences qui séparent (et qui sépareront toujours) les Sciences sociales des Sciences naturelles, différences qui ne tiennent, assurément, qu'à la nature différente de leur objet.

Les Sciences naturelles ont en effet un objet donné d'avance, une fois pour toutes : l'univers matériel dont il ne s'agit que de découvrir les lois ; c'est comme un champ « *clos* » d'expériences éventuelles. Tandis que les Sciences sociales ont pour objet les besoins changeants d'une humanité qui évolue perpétuellement : c'est — si l'on veut bien nous passer cette expression — comme un champ « *ouvert* », qui n'existe qu'à mesure que la société avance sur la ligne du temps. Entre l'objet des premières et celui des secondes, il y a toute la différence — en un mot — qui sépare « l'être » du « devenir ». De là vient que les lois scientifiques donnent une impression relative de durée ; car elles ne sont qu'une première approximation d'une vérité, qui se révélera, plus tard, plus complexe ; la loi scientifique nouvelle ne sera qu'une reproduction plus précise de la loi précédente dont elle se sera incorporé les résultats durables, dont elle aura absorbé, pour ainsi dire, la substance certaine (1).

nique, tome I, page 193. V. de même Gény : *Méthode...* tome II, p. 188. V. aussi Esmein : *La Jurisprudence et la Doctrine* dans *Rev. Trim.* 1903, p. 5.

(1) « Au premier abord » dit Poincaré « il nous semble que les théories ne durent qu'un jour et que les ruines s'accumulent sur les ruines... ; mais si l'on regarde de plus près, il y a en elles quelque chose qui le plus souvent survit. Si l'une d'elles nous a fait connaître un rapport vrai, ce rapport est *définitivement acquis* et on le retrouvera sous un déguisement nouveau, dans les autres théories qui viendront successivement régner à sa place ». Henri Poincaré : *La valeur de la Science*, p. 293 ; voir aussi *op. cit.* Introduction p. 10.

Au contraire, les principes juridiques et les « lois sociales », en général, donnent l'impression d'une perpétuelle variabilité. C'est parce que « lois sociales » et principes ne sont que l'expression, plus ou moins durable, de nouvelles formes de vie et de besoins sociaux changeants. Et que si, maintenant, la lutte s'engageait entre les anciens principes et ces nouvelles nécessités sociales, il est certain que ce sont ces dernières qui triompheraient ; car ce ne sont pas les hommes qui doivent s'adapter aux principes qu'ils ont émis, mais bien les principes, aux besoins des hommes. (La conception, suivant laquelle la réalité mouvante doit se calquer sur les principes éternels, n'étant qu'une vaine illusion humaine, bien vénérable d'ailleurs, puisqu'elle remonte aux philosophes de l'antiquité et à Platon) (1).

Mais, encore une fois, ce ne sont pas les différences entre les Sciences sociales et les Sciences naturelles qui nous intéressent ; mais plutôt ce qui les rapproche : la similitude du rôle du facteur expérimental ; et, puisqu'il s'agit du Droit, le rôle que jouent dans l'élaboration scientifique et l'appli-

(1) « (Ces idées) » dit M. Bergson (dans sa pénétrante et audacieuse critique de la philosophie platonicienne) « ... ne seraient-elles pas, dans leur immutabilité, des modèles que les choses changeantes et mouvantes se bornent à imiter ? Ne seraient-elles pas la *réalité vraie*, et changement et mouvement ne traduiraient-ils pas l'incessante et inutile tentative de choses quasi-inexistantes, courant en quelque sorte après elles-mêmes, pour coïncider avec l'immutabilité de l'idée ? » Bergson : Les deux sources de la morale et de la religion.

Et de même Gény : Science et Technique, tome 1^{er}, p. 129 : « Proposera-t-on de retourner, en quelque sorte, la position normale du problème et de faire dépendre la *réalité* de l'idée même considérée comme une force active de vie ? Si ce paradoxe téméraire peut apporter quelque secours à l'action, il semble bien impossible de l'ériger en principe directeur de la connaissance ».

cation pratique des principes, les arrêts de la Jurisprudence.

Maintenant, si telle est la conception générale du Droit à laquelle nous nous rallions, nous sommes, on le voit, bien loin de la conception particulière de certains auteurs, qui voient dans toute science en général, plutôt un *Art*, ou bien (ce qui, d'ailleurs, nous semble tout à fait différent) une *Métaphysique* : « ... n'est-ce pas dans la mesure où elle est Art et métaphysique que la Science peut agir sur le réel et le connaître ? Otez de la Science tout ce qu'elle tient de l'Art et de la *Métaphysique*, il n'en restera plus guère que des formules vides, inhumaines, irréelles... » (1) : C'est là, pensons-nous, commettre une confusion bien étrange entre Science et Art, l'une ayant pour objet de saisir les rapports des choses, l'autre de saisir, en quelque sorte, ces choses en elles-mêmes ; entre œuvre de l'intuition et l'œuvre de l'intelligence (2).

(1) Jacques Chevalier : La Science et le réel dans les Cahiers de la nouvelle journée 1927, tome IX, cité et suivi par Bonne-case dans Science du Droit et Romantisme, Paris 1928, pp. 581-582.

(2) Benedetto Croce : Estetica come scienza dell' espressione e linguistica generale, 1922. Arte e Scienza, p. 29.

De même pour la conception « éclectique » en quelque sorte qui voit dans le Droit un Art doublé, ou adossé à une Science proprement dite : Gény : Science et Technique. Tome I, p. 71 :

« En soi, le droit positif est plutôt essentiellement un art, si l'on entend par là tout mécanisme de mise en œuvre de préceptes vitaux, lois acquises ou croyances, en vue d'un but pratique.

Mais l'art (ainsi compris), qui ne fait qu'adapter les moyens à leurs fins, suppose établies les fins elles-mêmes et celles-ci ne peuvent ressortir que d'un processus de connaissance, ou la science entre pour une bonne part. De telle sorte que dans son ensemble le Droit nous apparaît comme un Art fondé sur la science. » (p. 71).

Or n'est-il pas évident que l'Art « ainsi compris » se confond tout simplement avec la technique ?... Certes, au prix de cette substitution la définition du Droit ne deviendrait que fort accep-

Aussi, n'insistons pas davantage, fermons notre parenthèse, déjà trop longue, et revenons à notre point de départ.

Si le Droit est une Science (sociale), et si le rôle de la Jurisprudence est celui que joue, dans toute Science, le facteur expérimental, l'on comprendra facilement pourquoi nous avons fait de l'étude de la Jurisprudence le principal objet de nos recherches et pourquoi nous ferons toujours prévaloir les résultats de cette dernière sur les différents systèmes construits par la Doctrine, quelles que soient, d'ailleurs, les écoles dont ces différentes conceptions puissent s'inspirer.

*
**

Maintenant quelle va être, plus particulièrement, la mé-

table ; car, effectivement, le Droit est une Science qui — en tant que connaissance théorique servant de support à une certaine activité pratique — se double — comme toute Science d'ailleurs — d'une technique particulière. Seulement la question est de savoir si l'on peut opérer cette substitution, si l'on peut impunément confondre ces deux notions, à notre avis, si différentes, d'Art et de technique. — Or, nous voyons M. GénY lui-même, quelques vingt pages plus loin, repousser la qualification d'Art donnée par certains auteurs à la technique jurisprudentielle : « ... en parlant de « technique » du droit... je n'aperçois pas — *mise à l'écart* de propos délibéré la qualification « d'art », plus *équivoque* encore et *moins significative* — de terme comparable de mieux désigner l'effort spécial et en quelque sorte professionnel qu'il s'agit par là de spécifier ». GénY : Science et Technique. Tome I, p. 99.

Et en vérité le terme « d'Art » appliqué à la technique artistique (et, à plus forte raison, à la technique scientifique ou jurisprudentielle) prête à la plus fâcheuse des confusions. Car c'est rabaisser de la sorte, au rang de simple mise en œuvre des moyens propres à assurer la réalisation d'un but déterminé, l'Art, qui est avant tout une vision intuitive des choses, une émotion créatrice. (V. Benedetto Croce : Estetica, p. 89).

Pour la conception particulière de certains penseurs qui rapprochent l'Art de la Métaphysique en faisant de cette dernière « un art des idées, un art de l'ordre des idées... » voir Paul Valéry. Introduction à la méthode de Leonardo da Vinci, dans : Les divers essais sur Léonard de Vinci, Paris 1931, p. 136.

thode de travail que nous adopterons ? Allons-nous nous contenter d'une étude plutôt descriptive des espèces et reculer devant tout effort sérieux de synthèse ?... Allons-nous à l'inverse, ne donner, à l'exemple de certains auteurs récents, que le « résultat de la systématisation » des arrêts (1) sans tenter d'étayer cette systématisation sur une analyse plus approfondie des solutions de la Jurisprudence ?... Non certes. Nous ne songeons évidemment pas à reproduire avec leurs détails particuliers, *tous* les arrêts qui ont été rendus par la Jurisprudence sur la responsabilité des maîtres et commettants, depuis 1804 jusqu'à nos jours. Cela serait non seulement matériellement impossible, mais aussi parfaitement inutile, car, la plupart du temps, ces arrêts se calquent les uns sur les autres et s'arrangent d'eux-mêmes dans des catégories bien définies.

Nous nous contenterons donc de donner, pour chacune de ces catégories, des exemples choisis parmi les plus caractéristiques (2). Mais ces cas, nous les étudierons de très près, avec toutes les circonstances de la cause, même les plus minimes, avec tous les faits et les éléments qui ont pu être pris en considération par le Juge. Ce n'est que de cette manière, que nous pourrions dégager de la masse indistincte des arrêts que nous nous proposons d'étudier, les grandes lignes de l'évolution théorique et pratique du problème.

Tout effort de synthèse ne doit-il pas s'appuyer sur un travail préalable de patiente analyse ? et d'avoir tout le temps présents à l'esprit des exemples concrets (3), n'est-ce pas

(1) Flour Th. précitée p. 8.

(2) Tous les autres arrêts de la même catégorie seront cités en note seulement.

(3) Pour l'étude analytique des arrêts voir plus particulièrement Demogue V. n° 881 et suiv. et Chroniques dans Rev.

le seul moyen de ne pas perdre le contact avec la réalité et de ne pas risquer d'échafauder des édifices théoriques, en dehors des données de la vie juridique ? (1).

*
* *

Plan de l'Etude.

Nous ferons pour commencer une remarque d'ordre très général. Le texte de l'article 1384 § 5 parle des dommages causés par les *préposés* dans les *fonctions* auxquelles ils ont été employés. Or, la Jurisprudence dans son désir d'étendre le plus possible le domaine d'application de la dite responsabilité a porté son travail technique, en même temps sur les deux termes extensibles dudit article : en élargissant progressivement, d'une part, la notion de *préposé* ; en assouplissant considérablement, d'autre part, la notion d'*exercice des fonctions*. Aussi, toute étude méthodique de la responsabilité des commettants se scinde-t-elle, dès le début, en deux grandes parties, correspondant aux deux directions suivant lesquelles s'est développé l'effort technique de la Jurisprudence ; et toute étude complète de la dite responsabilité devrait comporter deux parties bien distinctes ; 1° Notion de *préposé* ; et 2° *Exercice des fonctions*.

Trim. 1908-1930 ; Dallant Th. Poitiers 1927 ; Flour Th. Caen 1933 etc...

(1) « L'abstraction, s'affinant davantage, fait perdre de vue la réalité à discerner. Aussi le point extrême... apparaît-il, quand l'idée, complètement détachée de son objet, se trouve elle-même réalisée, pour vivre d'une vie propre et sans aucun contact avec le réel vivant. A ce point, l'abstraction ne peut plus que jouer le rôle d'un instrument opérant à vide... » GénY : Science et Technique. Tome I., p. 133

Comme, cependant, la matière est très vaste, nous avons résolu de nous en tenir à la première partie seulement ; c'est ce qui explique aussi le titre restrictif que nous avons donné à notre étude, exclusivement consacrée (ou presque) à la notion de préposé.

Nous commencerons par distinguer des catégories d'arrêts, caractérisées, chacune, par des traits particuliers, par des « critères » différents. Pour la facilité de l'exposé, nous considérerons ces différentes catégories comme si elles étaient nettement distinctes et comme si elles s'étaient succédées les unes aux autres dans le temps... ; en réalité, nous savons bien qu'il n'en est rien et que les soi-disantes « époques » s'interpénètrent plus ou moins, les unes, les autres. N'empêche que, si on considère l'évolution jurisprudentielle d'assez haut, on peut voir les idées et les conceptions juridiques, lentement, mais sûrement, évoluer, d'une période à l'autre.

Cet exposé historique nous permettra de dégager le domaine de la responsabilité des commettants d'un certain nombre de « critères », qui ont pu peut-être jouer un certain rôle, à leur époque, mais qui, aujourd'hui, en l'état actuel des choses, ne sauraient plus passer pour de véritables *conditions* de la responsabilité des maîtres et commettants. La dernière des périodes, notamment, nous permettra de fixer les conditions *actuelles* de l'application de l'article 1384 § 5 du Code Civil, et par conséquent, la nature *actuelle* du rapport qui unit le commettant au préposé.

Après l'étude du rapport de préposition viendra l'étude des *sources* de ce rapport. Quelle est, en premier lieu, la situation de droit, ou de fait, d'où ce rapport découle (chapitre des *sources*). Et quels sont, en second lieu, les signes auxquels le Juge aura recours, pour attribuer, dans maintes

hypothèses délicates, la responsabilité civile, à tel ou tel commettant déterminé ? — et, au cas où le Juge serait embarrassé pour choisir entre des « indices » contradictoires, quel sera le principe directeur qui, en fin de compte, décidera de ses préférences ? (chapitre des *critériums*) — et, c'est ici que devrait s'achever l'étude de la notion de préposé.

Cependant, il est une question qui, bien que liée — selon nous — à la seconde condition de la responsabilité des commettants, c'est-à-dire à l'étude de l'exercice des fonctions, est de nature à rejaillir sur la première et à modifier — suivant que l'on adopte une solution ou bien un autre — la nature même des rapports de commettant à préposé.

Ce problème n'est autre que celui du *recours* du commettant contre son préposé, et son importance est telle, que nous avons cru utile de lui consacrer quelques pages, en annexe de notre étude (chapitre du *recours*).

La question du recours, nous semble, par ailleurs, indissolublement liée à celle du *fondement* même de la responsabilité des maîtres et commettants. Aussi, pour la fin de notre étude, allons-nous jeter un rapide coup d'œil sur ce dernier point.

Nous espérons ainsi non pas épuiser — loin de là — les questions si délicates soulevées par l'application de l'article 1394 § 5 du Code Civil, mais éclairer, d'une manière plus ou moins satisfaisante, certains aspects seulement du problème.

PREMIER CHAPITRE

Le rapport de commettant à préposé et les conditions essentielles d'application de l'article 1384 § 5 du Code civil.

Nous disions tout à l'heure, dans notre introduction, que nous nous proposons de répartir les arrêts de la Jurisprudence en plusieurs catégories, en les ordonnant par rapport aux différents signes de responsabilité ou « critères », que la Jurisprudence a successivement adoptés ou rejetés ; et que, pour la facilité de notre exposé et la commodité du langage, nous allions considérer les diverses catégories comme correspondant à autant d'époques différentes (étant d'ailleurs bien entendu que ces « époques » ne présentent pas de limites bien nettes et qu'au contraire elles s'interpénètrent plus ou moins les unes, les autres).

Maintenant, quels sont ces critères et quelles sont les époques qui leur correspondent ? Les décrire, serait retracer l'évolution jurisprudentielle toute entière. Aussi, comme

nous ne pouvons pas, pour l'instant, entrer dans tous les détails, allons-nous en donner seulement un aperçu rapide.

Disons tout de suite que nous distinguerons dans cette évolution jurisprudentielle trois périodes, que nous proposons de nommer respectivement : période « *classique* », période « *sociale* » et période « *récente* » ou « *moderne* ».

La première, la période classique est caractérisée par le critérium du *mauvais choix*, d'abord, — du *mauvais choix* et du *défaut de surveillance*, ensuite, — et enfin (ce qui est sensiblement différent) par le critérium du *droit* de donner des *ordres* ou des *instructions* (ou critérium de *l'autorité*). A l'intérieur même de la période classique nous aurons, donc, à constater un certain travail d'assouplissement et d'élargissement du critérium classique primitif, traditionnel.

La seconde période, que nous avons nommée sociale, est caractérisée par des éléments tout différents : — l'élément « *volonté* », qui est l'élément classique par excellence, s'efface complètement pour faire place à des éléments économiques et sociaux : idée de *salaire* — idée de *profits* ou de *bénéfices* — idée d'*entreprise*. Et le critérium de cette époque sera le critérium de la « *dépendance économique et sociale* ».

Enfin, la troisième période, sous l'empire de laquelle nous vivons et que nous avons appelée moderne, est caractérisée par l'abandon des « *critériums* » antérieurement admis ; l'idée qui passe au premier plan, — et dont nous ferons la condition première de la responsabilité des commettants, à notre époque, — c'est l'idée de *service*, c'est l'idée de *fonction exercée pour le compte d'autrui*.

A chacune de ces trois périodes, nous verrons changer non pas seulement le critérium de la notion de préposé, mais

— ce qui est tout naturel, d'ailleurs — le caractère même du rapport de préposition. Aussi, allons-nous étudier, en même temps, les changements de l'un et les variations — corrélatives — de l'autre (1).

PREMIÈRE SECTION — PÉRIODE CLASSIQUE

La première période de l'évolution jurisprudentielle, — la période classique, — a elle-même une histoire. Au cours de cette époque, deux critères tout à fait différents quant à leur origine (l'un d'origine romaine et traditionnelle, l'autre d'origine relativement récente et jurisprudentielle) le critérium du *mauvais choix* et celui du *défaut de surveillance* ou *d'autorité* sont venus se fondre en une formule unique ; et cette formule a fait fortune puisque non seulement elle a été accueillie par l'immense majorité de la Doctrine (2) mais encore traditionnellement reproduite jus-

(1) Faisons, avant d'entrer dans l'étude proprement dite des différentes périodes de l'évolution jurisprudentielle, deux petites remarques de détail :

1^o Par l'effet de l'insertion dans l'art. 1384 du code civ. des dispositions de la loi du 7 nov. 1922, l'ancien § 3 du dit art. concernant la responsabilité des maîtres et commettants est devenu le § 5 actuel. Pourtant certains auteurs préférèrent conserver l'ancienne numérotation (Ex. : Mazeaud, Traité... Tome I, p. 612).

2^o Le mot « domestique » désigne « les serviteurs à gages attachés à la personne ou employés aux soins de la maison » ; il est unanimement admis que les domestiques ne constituent qu'une variété particulière de préposés. Dans tout le cours de notre étude, nous parlerons des préposés seulement ; et nous ne rappellerons la condition des domestiques qu'une seule fois, lorsque nous examinerons le critérium social des profits et l'idée d'entreprise, p. 63 du présent ouvrage.

(2) Bartin sur Aubry et Rau : Cours de droit civ. français, 5^e édit. T. VI, § 447, p. 761 ; Baudry-Lacantinerie et Barde ;

qu'à nos jours par la Jurisprudence (1) et ceci, chose remarquable, alors même que les circonstances de la cause — ainsi que nous le verrons — ne se prêtaient plus que fort mal à ce qu'elle fut encore invoquée (2). Par contre, une tendance se dessine dans la jurisprudence moderne à l'abandon de

Obligations, T. IV, n° 2.912. Edit. 1908, p. 617 ; Larombière : Th. et Pratique des obligations, T. VII, 744-745 ; Colin et Caissant : Cours élémentaire de Dr. Civ. fr., T. II, 4^e édit., p. 394 ; Sourdat : Traité de la responsabilité, T. II, p. 131 ; Lalou : La responsabilité civile, p. 247 ; Willems : Essai sur la responsabilité..., dans *Rev. gén. du droit*, 1896, pp. 18-31 ; Fromageot : De la faute comme source de responsabilité, Th. Paris, 1891, p. 150 ; Bastide d'Izard : Les applications actuelles de la responsabilité des maîtres et commettants, Th. Montpellier, 1925, p. 26 ; René Garnier : De la notion de préposé mettant en jeu la responsabilité des maîtres et commettants, Th. Rennes, 1927, p. 41 ; Rutsaert : Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle, Th. 1930, pp. 128-130 ; Jean Loup : Note sous Bordeaux, 14 avril 1931, D. P. 1931, 2, 45, p. 47, col. II, etc., etc...

(1) Crim. 20 août 1847 D. P. 1847 4. 421 ; Crim. 10 nov. 1859 D. P. 1860 1. 49 ; Paris 30 janv. 1864 D. P. 1864 2. 215 ; Req. 17 mai 1865 D. P. 1865 1. 49 ; Lyon, 25 févr. 1867 D. P. 1868 2. 109 ; Crim. 30 nov. 1875 D. P. 1876 1. 415 ; Toulouse 10 janv. 1876 D. P. 1877 2. 41 ; Req. 4 févr. 1880 D. P. 1880 1. 392 ; Civ. 25 oct. 1886 D. P. 1887 1. 225 ; Civ. 5 janv. 1891 D. P. 1892 1. 7 ; Pau, 12 juin 1893 S. 1893 2. 14 ; Trib. Civ. Seine 27 déc. 1894 *Gaz. Pal.* 1895 1. 39 ; Turin 21 déc. 1897 D. P. 1900 2. 475 ; Paris 28 juin 1901 D. P. 1902 2. 145 ; Crim. 30 oct. 1902 D. P. 1904 5. 592 ; Trib. Corr. Seine 9 janv. 1907 *Mon. Jud.* Lyon 8 mars 1907 ; Trib. Civ. Seine 6 fév. 1907 D. P. 1907 5. 38 ; Req. 6 août 1907 *Gaz. Pal.* 1907 2. 356 ; Crim. 8 mai 1908 D. P. 1909 1. 135, etc., etc...

(2) Voir par ex. en matière d'accidents d'automobile : Req. 7 nov. 1910 rej. Bordeaux 13 déc. 1909 D. P. 1912 1. 323 (Léon et Cie C. de Gaulne) ; Trib. de Boulogne-s-Seine, 21 juillet 1916 S. 1917 *Bull. des somm.* 2, 4 (Arquembourg C. Red Cross St.-John Ambulance) ; Trib. Civ. de Boulogne-s-Mer, 20 oct. 1922 *Gaz. Pal.* 1922 2. 684 (Demoiselle Evrard contre Vve Lebecq et Cléret) ; Dijon, 20 juil. 1927 D. P. 1928 2. 13 sur appel du Jug. du Trib. Civ. de Langres 3 juin 1926 D. H. 1926, 462 (Guichard c. Chessier).

Et en matière de sports : Bordeaux, 14 avr. 1931 réformant le Jugement du Trib. corr. de Bordeaux, 22 janvier 1931 D. P. 1931 2. 45 et note Jean Loup.

cette formule périmée et nous verrons plus tard la modification que les arrêts lui ont fait subir. L'extraordinaire persistance de la formule classique, à travers les différentes époques, ne doit donc pas nous induire en erreur ; car l'immobilité est beaucoup plus de surface que de profondeur et, en réalité, les changements opérés par la jurisprudence, en notre matière, ont été immenses. Seulement, alors même que les circonstances ont changé, que les idées ont été complètement renouvelées, la jurisprudence, par simple goût de la tradition préfère toujours demeurer fidèle aux anciennes apparences et aux anciennes formules, et se rallier, ainsi, au moins pour la forme, à un passé dont elle se nourrit encore.

Voyons, maintenant, de plus près ces deux critères du mauvais choix et du défaut de surveillance.

§ I. — *Le critérium du mauvais choix.*

Les origines du critérium du mauvais choix remontent au Droit Romain (1).

A vrai dire, le Droit Romain, dominé par l'idée fondamentale de la personnalité des fautes, n'a jamais connu un principe général de la responsabilité du fait d'autrui. Cependant, il existait déjà dès ce temps-là, des cas isolés qui étaient comme des applications particulières d'un « principe » général qu'on n'avait pas encore réussi à dégager.

C'est ainsi que — (et sans parler des actions *noxales* don-

(1) V. Planiol : Etudes sur la responsabilité civile (3^e étude) dans la Revue Critique de législation et de jurisprudence 1909, pp. 282-301. V. aussi Fliniaux Cours de Droit Romain approfondi Paris 1931-32.

nées contre les propriétaires d'esclaves, et qui ne constituaient pas, à proprement parler, des cas de responsabilité délictuelle pour autrui (1) — puisque la responsabilité du maître disparaissait si l'esclave n'était plus en sa puissance, au moment de la *litis-contestatio* (2) — la responsabilité délictuelle des armateurs (*exercitores*) était engagée, par le seul fait des dommages que les matelots ou les gens de leur équipage avaient pu causer aux tiers (3) — cependant que, d'autre part, les armateurs (*nautae*) (4), les aubergistes (*caupones*) (5) et les patrons d'écuries (*stabularii*) étaient

(1) Sourdat : Traité II n° 754. Stoicescu : Th. Paris 1908, p. 16. Maurice Zingher : Th. Paris 1923, p. 28.

(2) Paul-Frédéric Girard : Manuel : Manuel élém. de droit romain, 5^e Edit. pp. 681-682 : « ... On n'est pas en principe responsable quand la puissance n'existe pas alors (au moment de la *litis-contestatio*) et on est en revanche responsable pourvu que la puissance existe alors, même quand elle n'existait pas au moment du délit (Gaius. 4. 77) même quand elle a cessé d'exister depuis, non seulement par une aliénation, par un affranchissement, mais par la mort (Gaius 4. 78) ».

(3) Ulpien : Lib. 28 Ad. Edictum :

« ... Alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi. Si quidem qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit ; qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit ; sed *culpa et dolo carere eos curare debet* ». « ... Il y a bien de la différence entre le contrat fait par ces sortes de gens et le délit commis par eux ; parce que celui qui prépose quelqu'un à un vaisseau permet qu'on contracte avec lui ; celui qui emploie des matelots ne permet pas de contracter avec eux, *mais il doit avoir soin que leur mauvaise foi ou leur négligence ne nuise à personne*. »

Dig. Liv. XIV, Titre I, De exercitoria actione frag. 1 § 2. (Traduction par Hulot et Berthelot. Les 50 livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien, Paris, an XII (1804), Tome II).

(4) Par « *nauta* » on doit entendre celui qui fait valoir un vaisseau : « *Nautam accipere debemus eum qui navem exercet* ». Ulpien : Lib. 14 sur l'Edict. Dig. Liv. IV, Tit. 9, *nautae*, *caupones*, *tabularii* ut recepta restituant fr. 1 § 2.

(5) V. Dig. Loc. cit. § 4.

tenus (1) en vertu du contrat de receptum qu'ils avaient passé avec un tiers, de la custodia (2), c'est-à-dire de l'obligation de garde de la chose à eux confiée (3).

Domat généralisa la solution du droit romain concernant la garde de la chose, en l'étendant au locataire (4), effaça la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle des transporteurs et des armateurs, — en fusionnant les textes du Digeste relatifs à l'action exercitoria, d'une part et ceux relatifs au contrat de receptum, d'autre part, — et posa pour la première fois le prin-

(1) « Ait praetor : nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvam fore receperint, nisi restituant, in eos iudicium dabo. » Ulpien : Lib. 14 ad Edictum Dig. Liv. IV, Tit. 9, nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant fr. 1 in principio.

(« L'édit du prêteur porte : les maîtres de vaisseaux, les hôteliers et ceux qui louent des écuries rendront ce qu'ils auront reçu et promis de garder en bon état ; autrement, je donnerai action contre eux »). Trad. Hulot et Berthelot, Paris, an XII (1804), tome II.

(2) (« ... et tamen custodiae nomine tenentur. » « ... cependant ils sont tenus de la garde. »)

Gaius, Lib. 5 ad Edictum provinciale Dig., IV, 9, nautae, caupones... fr. 5 in principio.

(3) Ulpien : Lib. 18 ad Edictum Dig. Liv. IV, Tit. 9, nautae, caupones fr. 7 in principio :

« Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint, sive servi, factum praestare : nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit. Sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit : caeterum, si extra navem, licet a nautis non praestabit. »

(« Le préposé du vaisseau est responsable du fait de ses matelots soit libres, soit esclaves et avec raison puisqu'ils les emploie à ses risques. Mais il n'en est responsable qu'autant que le dommage est arrivé dans le vaisseau. S'il est arrivé ailleurs, quoique par le fait de ses matelots, il n'est plus tenu. »). Trad. Hulot précitée.

(4) Domat : Lois civiles, liv. I, Tit. IV, Sect. II, n° 5.

cipe de la responsabilité délictuelle des maîtres et commettants du fait de leurs domestiques et préposés (1).

Pothier appuya la nouvelle règle de son autorité incontestée (3), la jurisprudence de l'ancien droit en fit des applications pratiques (4), et la solution de Domat et de Pothier devint plus tard le principe de l'art. 1384 § 5 du Code civil.

*
* *

Dès le droit romain, cependant, le critérium du mauvais choix faisait son apparition. Gaius ne disait-il pas déjà qu'il y a toujours quelque faute de la part du maître à se servir

(1) Domat : Lois civiles, Tit. XVI, Sect. III, n° 1, p. 160.

« ... Tous ceux qui pour leur commerce sur terre ou sur mer se servent de commis, agens et autres préposés sont représentés, en ce qui regarde ces commerces, par ceux qu'ils commettent de telle sorte que le fait de ces préposés est le leur propre. Ainsi, ils sont obligés de ratifier ce qui a été traité avec leur commis. Ainsi, *ils répondent du fait, du dol et des tromperies des personnes qu'ils ont préposées.* »

(2) Pothier : Traité des obligations, édit. Bugnet. Tome II, Ch. I, Sect. 2 : « On rend aussi les maîtres responsables du tort causé par les délits et quasi-délits de leurs serviteurs ou ouvriers qu'ils emploient à quelque service. »

(3) V. les arrêts du Châtelet de Paris condamnant le propriétaire d'une voiture pour le fait dolosif de son cocher (perte d'objets confiés) : arrêt du 30 mai 1656 ; du 16 mai 1760 ; du 3 septembre 1761, dans Bourjon : Le droit commun de la France. Tome II, liv. VI, Titr. III, Ch. I, Section 1^{re}, N° 3 ; p. 494 : « Les voituriers, soit par terre, soit par eau sont responsables du fait de leurs préposés..., c'est encore raison écrite, c'est le droit commun. » Bourjon, *op. cit.*, p. 494.

de *mauvais* sujets ? (1). Domat, plus tard (2), et Pothier (3) invoqueront aussi le critérium de mauvais choix ; et cette même idée apparaîtra au premier plan dans les travaux préparatoires du Code civil (4) ; enfin certains commenta-

(1) Gaius (lib. 3 Aureorum). Dig. Liv. XLIV, Tit. 7, Fr. 5 § 6 :

« Item exercitor navis, aut cauponae, aut stabuli, de damno aut furto quod in nave, aut caupona, aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur : ... cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio, et aliquatenus culpa reus est, quod opera *malorum hominum* uteretur : ideo quasi ex maleficio videtur. » (« De même le maître d'un vaisseau, d'une cabaret ou d'une hôtellerie est obligé en conséquence d'un quasi-délit, à raison des vols ou des dommages que quelqu'un souffre dans son vaisseau, dans son cabaret ou dans son hôtellerie : ... car, comme il n'y a point contre lui d'action en vertu d'un contrat et qu'il y a toujours quelque faute de sa part à se servir de *mauvais* sujets, il est censé obligé en vertu d'un quasi-délit. »). Trad. Hulot précitée.

V. aussi Ulpien (lib. 18 ad Edictum). Dig., IV, 9 : nautae, caupones... Fr. 7 § 4 :

« Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, *culpae* scilicet suae qui tales adhibuit... » (« Le préposé (au vaisseau) est tenu de cette action en son propre nom à cause de la *faute* qu'il doit s'imputer d'avoir employé de pareils gens... »).

V. de même Ulpien (lib. 38 ad Edictum). Dig. Liv. XLVII, Tit. 5 : Furti adversus, nautas, caupones, stabularios, loi unique, § 5, et § 6 surtout : « Viatorum autem factum non praestat : namque viatorem sibi *eligere* caupo, vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes. » (« Le cabaretier... ne répond pas du fait des voyageurs : car le cabaretier ni l'hôtelier ne paraissent pas se *choisir* les voyageurs, et ils ne peuvent pas refuser les passants. »).

(2) Domat : Lois civiles, liv. I, Tit. IV, sect. II, N° 5.

(3) Pothier : Traité des obligations, tome II, Ch. I, Sect. II § 3, N° 121, et Traité du contrat de louage, Partie III, ch. I, art. IV § 2, N° 193, p. 183.

(4) Bertrand de Greuille : « ... Le maître... n'a-t-il pas à se reprocher d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents... » Rapport au Tribunal, séance du 16 Pluviôse, an XII. — V. aussi Treilhard : Exposé des motifs, séance du Corps Législatif du 9 Pluviôse, an XII. Dans Locré : La législation civile, commerciale et criminelle de la France, tome XIII, pp. 31-32 et 42.

teurs du Code civil — comme Demolombe — et certains auteurs en feront le fondement unique de la responsabilité des maîtres et commettants (1).

*
* *

Quelle place maintenant la jurisprudence a-t-elle fait à ce critérium ? A vrai dire, assez restreinte ; et bien rares sont les arrêts qui ont invoqué uniquement l'idée de mauvais choix. Dans cet ordre d'idées, nous pouvons citer un arrêt de la Cour de Paris du 15 mai 1851 infirmant la décision des premiers juges (D. P., 1852, 2, 240) (Régie de l'enregistrement c. Pernoud et V^{ve} Philibert) qui déclare une maison de commerce civilement responsable du fait délictueux de l'un de ses agents.

En l'espèce, un certain Ulry, garçon de recettes de la maison Pernoud avait été mis en accusation comme ayant facilité le débit d'une certaine quantité de faux timbres de lettres de voiture, fabriqués par des complices — fait pour lequel ces derniers ont été, d'ailleurs, condamnés à la ré-

(1) Demolombe, XXXI, N° 610 : « La faute qui engendre cette responsabilité contre eux, c'est d'avoir *mal choisi* leurs domestiques et leurs préposés (p. 530) ; « *Ce motif suffit à lui seul...* » (p. 531) ; dans le même sens, Gabriel Lot, Th., Paris, 1886, p. 197. Citons enfin Laurent : « ... Il suffit qu'on ait été choisi par quelqu'un en vue d'une fonction à remplir pour être son préposé. » Note sous trib. civ. de la Seine, 14 mai 1901, Gaz. du Palais, 1901 (deuxième sem.), 82. Voir aussi Laurent : Principes, XX, N° 570. Mais déjà avec ce dernier auteur on s'éloigne du critérium du mauvais choix proprement dit. Car Laurent ne parle pas du mauvais choix de la part du commettant, mais simplement du *choix* fait en vue d'une fonction à remplir. Il y a ici comme le germe d'une idée qui se révélera, plus tard, bien féconde — comme nous le verrons. Aussi faut-il faire à Laurent une place à part parmi les auteurs « classiques ».

clusion par la Cour d'Assises de la Seine. Ulry, lui, a été acquitté, mais sur la demande en dommages-intérêts, formée par la Régie de l'enregistrement et des douanes, la Cour d'Appel de Paris condamna la maison Pernoud, en tant que commettante ; et à cette occasion elle invoqua l'idée de mauvais choix :

« Considérant (dit l'arrêt de la Cour) que cette responsabilité spéciale (de l'art. 1384 § 5 du C. civ.) est des plus étendues, devant se mesurer sur l'entière liberté, dans son *choix*, du maître ou commettant qui donne sa confiance, et la possibilité qu'il a de se renseigner complètement sur la moralité et la capacité du domestique ou préposé qu'il en investit ; qu'une fois son choix librement fait, il n'est recevable à dire qu'il n'a pu empêcher le dommage causé par celui qui en a été l'objet, etc... condamne ».

De même, l'idée de mauvais choix apparaît dans un arrêt de la Cour d'Orléans du 31 décembre 1854, confirmé sur pourvoi par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 5 novembre 1855 (D. P., 1856, 1, 353.) (C^{ie} l'Aigle c. Seingher) où la responsabilité d'une Compagnie est engagée, par les propos diffamatoires tenus par des sous-préposés, au préjudice d'une Compagnie rivale (1).

De même, un arrêt de la Cour de Dijon du 23 avril 1869 (D. P., 1869, 2, 494) qui déclare civilement responsable un patron, du fait délictueux de l'un de ses ouvriers, en vertu de la même idée de mauvais choix. En l'espèce, l'ouvrier verrier, Moreau, congédié, pour avoir communiqué le virus

(1) Le problème de la responsabilité du fait des sous-préposés soulève plusieurs questions assez délicates que nous retrouverons plus loin au chapitre des sources.

Voir aussi Demogue : Obligations, tome V, n° 892, pp. 84-85 et Demogue : De la responsabilité civile des délits, p. 74.

syphilitique à plusieurs de ses compagnons de travail, est reçu dans une autre verrerie, gérée par Masson, et là, utilisant avec un autre ouvrier, Saintoyen, le même tube de fer creux servant à la fabrication des bouteilles il contamina ce dernier, fait pour lequel la Cour, infirmant, et avec raison, la décision des premiers juges, déclara la responsabilité du patron engagée sur le fondement de l'art. 1384 § 5 du Code Civil : « Considérant que le libre choix des ouvriers appartenant au maître, la loi l'a rendu nécessairement garant des rapports forcés établis entre eux par son fait, dans l'exercice de leur industrie ; que la sécurité de tous exigeait cette protection et que, si le maître a trop légèrement donné sa confiance..., il doit réparer le mal... ; qu'il eût été facile à Masson de demander et d'obtenir des renseignements sur l'état sanitaire de Moreau et que, suffisamment éclairé, il n'aurait point exposé ses ouvriers aux funestes conséquences du mal, dont Saintoyen a été atteint, mais qu'en l'admettant dans son établissement, sans s'être informé de ses antécédents, Masson ne peut se soustraire à la garantie que lui imposent la loi et l'équité... »

Citons encore un arrêt de la Cour de Nancy du 25 février 1890 réformant la décision des premiers juges (D. P., 1890, 2, 347) (Soc. Générale c. Durr) qui déclare un entrepreneur de fournitures civilement responsable des abus commis par son mandataire dans l'exercice de son mandat, en raison du « choix imprudent qu'il a fait d'un préposé infidèle ou impropre aux fonctions qu'il lui destinait ».

Mais (avec peut-être quelques arrêts encore) c'est tout ce que l'on peut citer... en fait de jurisprudence se référant exclusivement au critérium du mauvais choix.

§ 2. — *Le critérium du défaut de surveillance.*

De très bonne heure l'insuffisance du critérium du mauvais choix se fit sentir (1) et c'est alors que la jurisprudence (en s'inspirant peut-être des motifs qui avaient fait admettre une responsabilité à la charge des père et mère, instituteurs et artisans) (2) créa le critérium du *défaut de surveillance* qu'elle utilisa, en tant qu'instrument technique, pour élargir le domaine, désormais trop étroit, de la responsabilité des maîtres et commettants. Et, cette idée de défaut de surveillance, à laquelle plus d'un auteur s'est rallié (3), est invoquée par un certain nombre d'arrêtés.

Citons, tout d'abord, un arrêt de la Cour d'Agen — assez ancien puisqu'il date du 24 avril 1843 (D. P. 1843, 2, 205) — confirmé par un arrêt de la Chambre Civile du 1^{er} avril 1845 (D. P. 1845, 1, 261) qui déclare l'administration des Postes civilement responsable des suites d'un accident survenu à l'une de ses malles-postes et dû à la faute commune de deux de ses préposés (celle du postillon qui n'avait pas ralenti à temps la vitesse de la voiture, et celle du courrier qui l'accompagnait et qui avait pour mission de le surveiller).

« Attendu... (dit l'arrêt) que le courrier, quoi qu'en dise l'administration, est son agent, son représentant et l'exécu-

(1) Larombière : VII, p. 602 et d'autres auteurs négligeaient déjà la condition du choix.

(2) Voir Treilhard : Exposé des motifs dans Loaré, XIII, pp. 31-32 précité.

(3) Sainctelette : Responsabilité et garantie, p. 128. Tarbouchiech : La responsabilité des accidents..., 1896, p. 22. Louis Hugueney : Note sous Req. 28 déc. 1919, S. 1922, I. 33. — N. Wailine : Note sous Req. 4 juin 1929, D. P. 1929, I. 153. *Contra* : Laurent, XX, n° 578.

teur de ses ordres ; ainsi, il est évident que cet événement a été causé par la vitesse accélérée de la malle-poste, vitesse commandée par l'administration qui *n'a pris aucune mesure de précaution ou de prudence...*, donné aucun ordre au courrier... pour éviter ou prévenir le dommage... ; par ces motifs, etc...

Citons encore un jugement du Tribunal Civil de Reims (second jugement intervenu), confirmé par un arrêt de la Cour de Paris du 13 mars 1873 et par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 1^{er} juin 1874 (D. P., 1874, 1, 385) (Heidsieck c. V^{ve} Alloënd), qui déclare un négociant — en l'espèce la Sté Heidsieck et C^{ie} — civilement responsable des dégradations causées au mur d'une maison voisine — appartenant, en l'espèce, à la V^{ve} Alloënd — par des voituriers ayant à faire des livraisons de marchandises au siège de ladite Société.

Par un jugement antérieur (du 23 avril 1869) le Tribunal Civil de Reims avait, il est vrai, contesté aux voituriers la qualité de préposé de la C^{ie} : « Attendu (disait le jugement) que lesdits voituriers ne sont ni les domestiques ni les préposés des défendeurs... ». Mais, sur une nouvelle plainte de la V^{ve} Alloënd, un second jugement du Tribunal de Reims déclara, cette fois-ci, la C^{ie} civilement responsable des faits desdits voituriers : « Attendu (disait ce second jugement) qu'Heidsieck... *n'a pris aucune précaution* ; que ses domestiques et ses employés ont assisté et aidé les voituriers... ; attendu qu'il a ainsi accepté la responsabilité des faits délictueux qui lui étaient connus et qu'il pouvait em-

(4) Voir dans le même sens, Tribunal de Bordeaux, 8 avril 1848 et sur pourvoi, Req. 22 nov. 1848, rej. D. P. 1848, I, 252 (Adm. Gén. des Postes c. Normandin).

pêcher... ; qu'il y a en effet faute à ne pas défendre l'entrée de la cour à une voiture longue de 7 mètres... et à *ne pas donner à cet égard des ordres* à L... qui n'était qu'un simple charretier. » Et la Cour de Paris et la Chambre des Requêtes confirment ces vues : « Attendu que les charretiers conduisant ces voitures (dit la Chambre des Requêtes) n'agissaient que conformément aux instructions données par Heidsieck et C^{ie}, et étaient aidés et assistés par leurs domestiques et employés... attendu que les voituriers devenaient ainsi momentanément leurs employés agissant sous leurs ordres et avec leur concours et que dans ces circonstances, l'arrêt attaqué n'a fait qu'une juste application de l'art. 1384 du Code Civil, — rejette » (1).

A l'inverse, certains arrêts écartent toute responsabilité à la charge des maîtres ou commettants pour la raison que dans les circonstances de l'espèce envisagée, toutes mesures de précaution et de surveillance avaient été prises.

Citons un jugement du Tribunal de la Seine, confirmé par l'arrêt de la Cour de Paris du 19 juin 1883 (D. P., 1884, 2, 106) (Kasriel, Pitou et Dame Vallant c. Sté des Courses de Vincennes), qui déclare une Sté de Courses irresponsable de la faute d'un jockey — en l'espèce de Jodding, jockey de John Dick — dont le tilbury se renversa et, se brisant dans sa chute, blessa plusieurs spectateurs : « Attendu (dit le Tribunal) que ladite Société a pris toutes les mesures d'ordre, de surveillance, et de sûreté, habituellement prises sur tous les champs de courses, etc... déboute les demandeurs » (2).

(1) Dans le même sens citons, à titre d'exemple, Besançon, 18 janv. 1888, D. P. 1888, 2, 230 (V^{ve} Caisse c. Chem. de Fer de l'Est).

(2) V. de même Riom, 14 janv. 1884, conf. un jug. du 12 avril

*
* *

Il est inutile de multiplier ces exemples : nous avons vu, dans la période classique, les arrêts invoquer tantôt l'idée du *mauvais choix*, tantôt l'idée du *défaut de surveillance*, *d'ordres* ou *d'instruction*, tantôt ces deux idées combinées, à la fois. Mais si, au point de vue technique, ces deux critères étaient satisfaisants, dans la mesure où ils permettaient de faire, à un assez grand nombre d'hypothèses, l'application de l'art. 1384 § 5 du Code Civil, ils devaient, comme nous le verrons, devenir insuffisants aux époques suivantes, ou des circonstances tout à fait différentes vont interdire de faire appel à eux.

Mais, au point de vue théorique même, les deux critères géménés de l'époque classique n'étaient pas sans encourir de très graves critiques ; et ce sont ces critiques que nous allons, maintenant, rapidement passer en revue.

§ 3. — Critique des critères classiques.

A la suite de bien des auteurs qui en ont déjà fait la remarque, disons, tout d'abord, que le choix implique, de la part du maître ou du commettant, la liberté de choisir, et qu'en fait, dans bien des hypothèses de responsabilité fondée sur l'article 1384 § 5 du Code Civil, le choix du commettant est *limité* à certaines catégories de personnes,

1883, D. P. 1885, 2, 116 (Sté des Eaux Minérales de Châtelguyon c. V^{ve} Quenil). V. de même Douai, 6 mars 1883, D. P. 1885, 2, 135 (V^{ve} Deflesselle c. Devermelle et Ville de Douai).

dont la capacité technique a été reconnue par les autorités à la suite d'examens ou de concours spéciaux. Or, il est évident que l'obligation de choisir ainsi annule la liberté du choix (1).

Dans d'autres circonstances, le commettant est responsable des faits de son préposé, encore que ce dernier ait été choisi ou nommé par quelqu'un d'autre (2).

(1) Ainsi les *caissiers* des administrations publiques ne sont choisis que dans un corps d'employés dont le statut est fixé par décret (v. Flour, thèse précitée, p. 100 ; v. Demogue, V, n° 896, p. 86 et arrêts cités : Cass. civ. 25 oct. 1886, D. P. 1887, 1.225. Req. 20 févr. 1918, S. 1921, I, 361, note Delpech.

De même les *internes des hôpitaux* qui sont nommés au concours (Tribunal Marseille, 2 juin 1909. Jur. Marseille, 1909, 483 ; trib. Bordeaux, 22 juin 1898. Mon. Lyon, 21 juillet 1898, cités par M. Demogue, V, n° 894, note 2.

De même les *capitaines de navire* qui sont « choisis dans une catégorie limitée de personnes munies d'un brevet de capacité délivré par l'Etat » (Ripert : Dr. mar., 3^e édit., tome I, n° 841, p. 913.) et les *pilotes* qui « à l'entrée et à la sortie des havres, ports et rivières » sont obligatoirement pris (en vertu de la dernière loi du 28 mars 1928 réorganisant le pilotage) dans une catégorie limitée de personnes autorisées à exercer ce métier (v. sur le pilotage obligatoire, l'art. 34 du décret du 12 décembre 1806, v. Ripert, 3^e édition, 1929, I, n° 856, p. 930 ; Lyon-Caen et Renault, V, n° 190 et Civ. 23 juin 1896, D. P. 1896, I. 385, S. 1898, I. 209, note Lyon-Caen.

Il est vrai que la doctrine classique conteste à ces deux dernières catégories de personnes la qualité de préposé. Mais cette prétention — comme nous le verrons au chapitre de la responsabilité des armateurs, p. 113, ne saurait nullement être justifiée.

« En France (dit M. Ripert. : Dr. maritime, 3^e édition, 1929, tome I, n° 871, p. 944), la presque unanimité de la doctrine et la jurisprudence admettent la responsabilité du propriétaire » pour les fautes commises par le pilote obligatoire. D'ailleurs cette solution a été formellement consacrée par la loi du 15 juillet 1915 sur l'abordage qui a modifié l'art. 407 du Code de Commerce (Voir Lyon-Caen et Renault, V, n° 190 ; v. Ripert, I, 3^e édition, n° 871).

(2) Ainsi il a été jugé que la Ville de Paris répond des faits

Enfin, dans d'autres hypothèses, le préposé est mis par son commettant habituel à la disposition d'un commettant occasionnel ; et alors le choix du préposé par le premier fait pendant à l'acceptation ou à la ratification de ce choix, de la part du second.

Ici encore, choix et acceptation se compensent et le critérium devient incertain — puisque impuissant à expliquer les solutions de la jurisprudence qui fait peser la responsabilité, selon les circonstances, tantôt sur le patron habituel, tantôt sur le patron occasionnel (1).

Ce même reproche a, d'ailleurs, été adressé au critérium du défaut de surveillance ; car, au cas où le préposé est mis par son commettant habituel à la disposition d'un commettant d'occasion, il est certain que chacun d'entre eux a une certaine surveillance à exercer sur les actes du préposé.

d'un *agent de police* (Crim. 13 mars 1923, S. 1923, I, 385, note Roux. D. P. 1923 ; I, 137, note Appleton).

De même elle répond des faits des *sapeurs-pompiers* qui « constituent cependant un corps militaire dépendant du Ministre de la Guerre » (Josserand, II, p. 248).

De même les *capitaines de navire* qui peuvent être désignés par le Consul au cas où le capitaine vient à décéder ou a été empêché d'exercer ses fonctions (Lyon-Caen et Renault, V, n° 188 bis) ou qui, nommés par l'acheteur du navire, ne cessent pas moins, cependant, d'engager la responsabilité du vendeur, si les formalités de la mutation en douane n'ont pas été remplies (v. Lyon-Caen et Renault, V, n° 193).

Voir aussi la loi du 5 août 1914 et le cas du *suppléant* désigné d'office pour remplacer l'*officier ministériel* appelé sous les drapeaux (Cité. Dallant, thèse préc., p. 44).

Pour les personnes dont le choix est soumis à l'approbation ou à l'agrément de l'administration, voir Demogue, V, n° 894 et arrêts cités par Flour, thèse, 1933, p. 100.

(1) Pour tous ces arrêts, voir plus loin le chapitre des critères.

Le commettant habituel, lui, ne peut évidemment — surtout lorsque la mise du préposé à la disposition d'autrui a été accompagnée d'un prêt de matériel (automobile, locomotive, grue, navire, etc..) se désintéresser des actes et gestes du préposé. Et, d'autre part, le commettant occasionnel acquiert sur le même préposé une autorité difficilement contestable. — Vouloir distinguer, alors, entre la « surveillance générale » de l'un et « l'autorité technique » de l'autre, c'est adopter une distinction des plus fuyantes et qui est directement contredite, comme nous le verrons, par les arrêts de la jurisprudence (1).

Enfin, il est une critique plus grave qu'on n'a pas manqué d'adresser au critérium classique et qui découle du caractère *irréfragable* de la présomption édictée par l'art. 1384, § 5.

De l'avis unanime des auteurs (et c'est là, l'un des rares points non sujets à controverse) (2), il est interdit, comme l'on sait, aux maîtres et commettants (3) de rapporter la preuve de leur absence de faute. Ce caractère irréfragable de la responsabilité des maîtres et commettants est en dehors

(1) Pour ce point, voir surtout les développements consacrés à la matière par M. Savatier dans sa très remarquable note sous Civ. 19 janv. 1927, D. P. 1928, I, 17 et par M. Dallant, note sous Crim. 9 janv. 1931, D. P. 1931, I, 171. Nous retrouverons d'ailleurs cette question au chapitre des critères.

(2) Mazeaud, I, n° 924 et les auteurs cités.

(3) Sauf en matière forestière où l'art. 206 c. forest. vient déroger expressément au droit commun de l'art. 1384 § 5 du C. Civ. (voir Baudry-Lacantinerie, Oblig., IV, n° 29.151, éd. 1909, pp. 627-628.

de toute discussion possible. Hérité du droit romain (1), consacré par Pothier (2) et par Domat (3), il passa dans le Code Civil (argument par *a contrario* de l'art. 1384 § 7 qui réserve, comme on le sait, la possibilité de la preuve contraire aux seuls père et mère, instituteurs et artisans (4) ; et les arrêts comme les auteurs en déduisent (5) que les maîtres et commettants n'ont qu'un seul moyen de combattre la présomption légale qui pèse sur eux : celui de rapporter la preuve d'un fait positif : *la faute de la victime* ou la *force majeure* (6).

Le législateur a, d'ailleurs, sagement fait d'interdire aux commettants la preuve contraire, car, s'il l'avait permise, il aurait été bien facile à ces derniers de prouver — au moins dans un très grand nombre de circonstances — qu'il n'y avait nulle faute de leur part et de ce fait, ils auraient été dégagés de toute responsabilité, ce qui serait allé à l'encontre du but poursuivi. Cependant, les auteurs

(1) « Hoc edicto omni modo qui recepit tenetur etiamsi *sine culpa* ejus res periit, vel damnum datum est. » Ulpien, Dig., livre IV, titre 9 fr. 3 § 1.

(2) Pothier : Traité du contrat de louage, n° 193, p. 183 précité.

(3) Domat : Les lois civiles : livre I, titre IV, sect. II, n° 5.

(4) A titre de curiosité, v. cependant Dhorne, thèse, Paris, 1898, p. 42, qui soutient sérieusement que l'art. 1384 § 5 édicte une présomption « *juris tantum* » : « Sans doute (dit-il) il y a le texte qui ne parle formellement que des père et mère, instituteurs et artisans ; mais n'est-il pas permis de conclure à un *oubli involontaire* des rédacteurs de l'article 1384 ?... » Cette opinion fantaisiste et d'ailleurs isolée ne saurait être soutenue ; car justement le projet primitif édictait une présomption *juris tantum* et « c'est à la suite des observations du Tribunal que la règle actuelle fut adoptée. » (Capitant, II, édit. 1924, p. 393).

(5) Josserand : note au D. P. 1900, 2.289, p. 291, col. 1.

(6) Nous laisserons de côté l'étude de ces deux cas d'exonération. Pour ce point, voir note Josserand précitée.

classiques ne manquent pas de regretter une disposition aussi rigoureuse pour les maîtres et commettants (1) ; aussi, proposent-ils « de lege ferenda » d'accorder à ces derniers (2) les mêmes facilités de preuve dont disposent les instituteurs et artisans et les père et mère, respectivement visés par les § 6 et 4 de l'art. 1384 du Code Civil (3). Ces espoirs, dépêchons-nous de le dire, ont bien peu de chance de se réaliser un jour. Car ils vont, comme nous le verrons, à l'encontre du grand mouvement qui emporte et législation et jurisprudence, dans le sens opposé.

Maintenant, il est certain que cette présomption irréfutable de l'art. 1384 § 5 est plus qu'une règle de preuve : c'est une véritable *règle de fond* (4). Si, en vérité, la respon-

(1) Planiol : Traité élémentaire, II, n° 911. Giorgio Giorgi, V, n° 329.

(2) A l'instar de certaines législations étrangères, notamment le Code civil allemand (voir l'art. 831). V. Saleilles : Théorie générale de l'obligation, nos 17 et 39.

(3) « Faire reposer l'art. 1384 § 5 sur une présomption simple de *culpa in vigilando* que détruirait la preuve d'une surveillance attentive : telle serait en effet *de lege ferenda* la solution désirable. » Flour, thèse précitée, p. 360. Dans le même sens, Rutsaert, thèse, p. 132 ; Bastide d'Izard, thèse, p. 172 ; Willemis : Essai sur la responsabilité... Revue gén. du droit, 1896, p. 30.

(4) « Qu'est-ce qu'une faute invinciblement présumée, sinon une abstraction... dont se sert le législateur pour faire naître une obligation. Lorsqu'il dit à un individu : « ... Je vous déclare obligé parce que je suppose que vous avez commis une faute et je ne vous permet pas de démontrer que vous n'en avez pas commise », il construit en réalité un rapport juridique de toutes pièces ; — établir une présomption absolue de faute, c'est créer une obligation, de même que poser une présomption d'interposition de personnes, c'est créer une nullité. » Josserand note sous Trib. Civil de Bourges, 7 février 1895, etc... (5 arrêts), D. P. 1900, 2, 289, p. 293, col. II. Voir aussi R. Savatier, note sous Req. 9 juin 1928, D. P. 1928, I, 153, p. 155, col. II et 156 ; col. I : « Par ce dernier trait (l'impossibilité de rapporter la preuve contraire) la présomption de faute devient en partie

sabilité du commettant reposait dans la plupart des cas sur le mauvais choix ou le défaut de surveillance, le législateur, se fondant sur l'*id quod plerumque fit*, eût été en droit d'édicter une présomption relative ou *juris tantum* ; mais, en aucun cas, il ne pouvait, sans être injuste et inique à leur égard, édicter une présomption irréfragable, *juris et de jure* (1).

« Comment condamner équitablement un homme, à raison du fait d'un autre (dit Planiol) quand il n'a ni conseillé, ni autorisé cet acte, et qu'il n'a pas dépendu de lui de l'empêcher ? On dira que la loi établit une présomption de faute et qu'elle la rend irréfragable : ce sont des mots et des formules, ce n'est pas une justification et tant qu'on voudra fonder la responsabilité du commettant sur l'idée de faute, on se heurtera à cette objection capitale que *toute responsabilité fondée sur une présomption de faute doit admettre la preuve contraire, sous peine d'être inique* » (2).

Si donc, malgré tout, la responsabilité édictée par l'art. 1384 § 5 ne souffre pas la preuve contraire, c'est que la présomption dont il s'agit n'est pas fondée — comme on l'enseigne quelquefois (3) sur l'*id quod plerumque fit*, mais

irréfragable et cette irréfragabilité même est la marque qu'on sort du pur droit de la preuve pour entrer dans le fond du droit des obligations. »

(1) En ce sens, G. Aillet : La responsabilité objective, dans la Revue de morale et de métaphysique, 1906, p. 840.

(2) Planiol : Etudes sur la responsabilité civile (3^e étude), Revue critique, 1909, p. 297. De même Mazeaud, I, n° 931, p. 650.

(3) V. Ripert, note sous Civ. 21 février 1927, D. P. 1927, I, 97, p. 98, col. I, qui fait reposer la présomption de l'art. 1384 § 1 sur l'*id quod plerumque fit*. Mais de même que, pour échapper à la présomption irréfragable qui pèse sur lui, le commettant ne peut rapporter la preuve négative de l'absence de toute faute de sa part, de même le gardien juridique ne peut prouver l'absence de tout caractère dangereux de la chose soumise à sa garde. La présomption de l'art. 1384 § 1^{er} — comme celle

bien sur l'*ordre public* qui exige que la victime d'un dommage causé par une personne au « service » d'autrui, reçoive satisfaction (1). Le mauvais choix et le défaut de surveillance sont obligés en quelque sorte de s'incliner devant le caractère irréfragable de la présomption de responsabilité de l'art. 1384 § 5 (2), et il semble bien que c'est là aussi l'avis de la doctrine (3). Seulement, remarquons tout de suite que la présomption irréfragable ne fait tomber le mauvais choix et le défaut de surveillance qu'en tant que *fondement* de la responsabilité des commettants, et non pas en tant que « critères » ou conditions de ladite responsabilité. Le critérium classique, lui, ne peut être écarté que par la considération pratique de son insuffisance et seule la jurisprudence pourra, par ses applications de plus en plus extensibles, le rejeter. C'est ce qu'effectivement nous allons voir, dans la seconde période que nous allons étudier.

Mais auparavant, il s'agit de bien saisir le sens d'un travail d'assouplissement de la formule jurisprudentielle qui a

de l'art. 1384 § 5 — ne cède que devant la preuve d'une cause étrangère : faute de la victime, cas fortuit ou force majeure. Jurisprudence constante sur ce point depuis l'arrêt de la Ch. des Req. du 19 janv. 1914, D. P. 1914, I, 303. Voir Civ. 21 janv. 1919 (etc... 3 arrêts), D. P. 1922, I, 25 et note Ripert ; Civ. 16 nov. 1920, D. P. 1920, I, 69 et note Savatier ; Civ. 21 fév. 1927, I, 97 et note Ripert. Les deux présomptions par conséquent et celle de l'art. 1384 § 1 et celle de l'art. 1384 § 5 ne reposent pas sur l'id quod plerumque fit, mais bien sur l'*ordre public*.

(1) « ... Il y a certaines présomptions qui sont irréfragables. L'ordre public exige qu'elles s'appliquent dans tous les cas... » Colin et Capitant, I, édit. 1923, p. 96. Cp. Demogue : Oblig., tome V, n° 939, p. 143.

(2) Voir un arrêt très significatif à cet égard que nous retrouverons d'ailleurs plus loin, p. 82. Trib. Civ. de Bordeaux, 11 nov. 1918, *Gaz. Pal.*, 1918-19, I, 523 (sec. jug.).

(3) « Il faut (dit M. Ripert à propos du pilotage obligatoire) se débarrasser une fois pour toutes dans la responsabilité du fait d'autrui de ces vieilles idées de *faute de choix* et de *faute de surveillance*. » (Ripert : Dr. maritime, 3^e édition, 1929, tome I, n° 871, p. 944).

permis au critérium classique lui-même de réaliser la transition entre ces deux époques tellement différentes, à tant de points de vue (et notamment à celui du fondement) : entre l'époque classique et l'époque qui lui fera suite, l'époque sociale.

§ IV. — *Le Critérium de l'Autorité de droit.*

Ce changement, nous l'avons déjà indiqué dans nos pages précédentes. Il consiste en une transformation de la formule classique, bien imperceptible en apparence, mais, en réalité, très grosse de conséquences. Pour tout dire, le mauvais choix s'estompe de plus en plus et finit par disparaître presque des motifs des arrêts ; tandis que le critérium du défaut de surveillance ou d'autorité se transforme complètement ; et l'autorité *de fait*, qui était seule prise en considération jusque là, se mue, insensiblement, en une chose toute différente, en une autorité *de droit* (1).

Ainsi un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 13 février 1924 (cassant un arrêt de la Cour d'Appel

(1) La très grande majorité des auteurs est en faveur de cette idée d'autorité de droit : Bartin, sur Aubry et Rau, 1920, 5^e édit., t. VI, § 447, p. 381 et note 15 *bis* : « Pour que la qualité de commettant à préposé soit établie entre deux personnes, il faut et il suffit que la première ait *qualité* pour donner à la seconde des *ordres* et pour en *surveiller* l'exécution. » Dans le même sens : Baudry-Lacantinerie et Barde : Obligations, t. IV, n° 2.912 ; Beudant : Cours, t. IV, n° 1.213 ; Larombière : Obl., t. VII, p. 606 ; Huc : Commentaire, t. VIII, n° 444 ; Giorgio Giorgi : Teoria, t. V, n° 329 ; Sourdat : Traité de la responsabilité, t. II, n° 890, p. 139 ; Josserand : Cours de droit Civil, t. II, n° 512, 2^e édit., 1930, p. 249 ; Esmein : Examen doctrinal, *Revue critique*, 1924, p. 197 ; Besson : Note sous Dijon, 20 juillet 1927. D. P. 1928, 2, 13, p. 15, col. I : « Seul doit être retenu (dit M. Besson) le *droit* de donner des ordres. » Pour l'autorité du patron sur ses ouvriers, voir Emmanuel Lévy : Resp. et contrat, *Revue critique*, 1899, pp. 369-370.

de Bordeaux du 31 juillet 1922) D. H. 1924, 201) (Chambre de Commerce de Bordeaux c. Société des nouveaux docks et autres) déclarant une Société — en l'espèce la Société des Docks Sursol — civilement responsable de l'accident survenu au cours du déchargement d'un navire et dû à la faute de manœuvre commise par un mécanicien — alors que ce mécanicien, de même que la grue qu'il manœuvrait avaient été mis à la disposition de ladite société par la Chambre de Commerce de Bordeaux.

Le Tribunal et la Cour d'Appel avaient refusé, au contraire, de voir, dans le mécanicien, le préposé de la Société, pour la raison qu'il n'y avait, de la part de cette dernière, aucune faute de surveillance (effective) à lui reprocher, car, en effet, « le chef du palan » (disait l'arrêt de la Cour), « ne pouvait prévoir, ni empêcher la faute technique qu'avait commise le mécanicien ».

Par application du critérium de défaut de surveillance *de fait* le Tribunal et la Cour d'Appel ont, donc, exonéré la Société de toute responsabilité ; mais, la Cour de Cassation, en faisant à l'espèce l'application du critérium du *droit* de surveillance, condamna au contraire la Société des Docks.

« Attendu, » (dit la Chambre Civile, en reprenant une formule bien fréquemment employée par la jurisprudence depuis un arrêt de la Chambre criminelle du 20 août 1847 (D. P. 1847, IV, 421) « que la responsabilité du préposé, mis par l'art. 1384 à la charge du maître et du commettant, suppose que ce dernier a eu *le droit* de donner au préposé des ordres et des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé ; que, c'est *ce droit qui fonde l'autorité et la subordination sans lesquelles il n'existe pas de véritable commettant*. Que si, pour un temps ou une opération déterminée, un commettant met son préposé habi-

tuel à la disposition d'une autre personne sous l'autorité et la direction de laquelle, au moment de l'accident, il se trouve, la responsabilité se déplace et n'incombe qu'au second commettant ». En faisant l'application de ce principe à l'espèce l'arrêt de la Cour de Cassation rappelle que le mécanicien était placé *en droit*, — et suivant les termes des articles 2 et 3 de l'arrêt du Préfet de la Gironde du 19 févr. 1914 « sous les ordres et la direction » du « chef de palan » préposé de la Société et que, par conséquent, en mettant la Société hors de cause, l'arrêt attaqué a violé le texte de l'art. 1384 § 5 du Code Civil.

A l'inverse, d'autres arrêts écartent la responsabilité des prétendus commettants en raison de l'absence de leur part de *toute autorité*, de *tout droit de surveillance* sur l'activité des prétendus préposés. Citons, à titre d'exemple, un arrêt de la Chambre criminelle du 10 novembre 1859 confirmant un arrêt de la Chambre Correctionnelle de la Cour d'Appel d'Aix du 15 avril 1859 (D. P. 1860, 1, 49) (Forêts c. Martin). En l'espèce, des bûcherons travaillant, sous la direction d'un entrepreneur au nettoyage d'un bois avaient, par imprudence, provoqué un incendie qui s'était propagé aux forêts communales voisines et leur avait causé d'importants dégâts. Or, Martin, le propriétaire du bois avait, — par le marché à forfait qu'il avait passé avec l'entrepreneur, le bûcheron Tardivi, — formellement stipulé que le nettoyage s'effectuerait par le fer et non pas par l'emploi du feu. La responsabilité de Martin ne pouvait par conséquent être engagée et la Chambre Criminelle (en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Aix) invoque l'absence de tout *droit* de sa part de donner des ordres et instruction aux ouvriers.

« Attendu (dit la Chambre criminelle) que la responsabilité des faits de l'ouvrier ou préposé mise à la charge du

maître ou commettant par les articles 1384 du Code Civil et 206 Code Forestier prend sa source et sa base dans les rapports de subordination qui existent de l'un envers l'autre et par suite desquels, au point de vue civil, la faute de l'ouvrier est réputée le fait du maître qui l'emploie... qu'il ne suffit pas que l'accident qui a causé le dommage soit survenu durant le cours des travaux entrepris dans l'intérêt et sur le terrain du propriétaire et en vertu d'un traité passé avec lui, pour que celui-ci soit réputé en faute et que sa responsabilité soit engagée ; qu'il faut comme condition essentielle que l'auteur de l'acte dommageable ait agi sous son autorité et qu'il ait eu le *droit* de lui imprimer une direction et de lui donner des ordres sur le mode d'exécution de l'opération. ... qu'en déclarant dans ces circonstances que Tardivi n'était ni l'ouvrier ni le préposé de Martin, mais un entrepreneur, etc... la Cour Impériale d'Aix n'a fait qu'une saine application de l'article 1384 du Code Civil et 206 du Code Forestier. Par ces motifs rejette (1). »

(1) Et il en est de même pour une longue suite d'arrêts qui invoquent tous l'idée *d'autorité* :

Crim. 20 août 1847. D. P. 1847, 4, 421. — Crim. 13 Déc. 1856. D. P. 1857, 1, 75. — Paris, 30 janv. 1864. D. P. 1864, 2, 215. — Lyon, 25 févr. 1867. D. P. 1868, 2, 109. — Req. 10 nov. 1868. D. P. 1869, 1, 133. — Crim. 30 déc. 1875. D. P. 1876, 1, 415. — Toulouse, 3 mars 1883. S. 1884, 2, 161. — Douai, 6 mars 1893. D. P. 1885, 2, 135. — Civ. 25 oct. 1886. D. P. 1887, 1, 225. — Civ. 15 janv. 1889. D. P. 1889, 1, 49. — Limoges, 25 juin 1890. D. P. 1892, 2, 572. — Poitiers, 20 mars 1892. D. P. 1893 2, 493. — Paris, 31 oct. 1893. D. P. 1894, 2, 313. — Trib. Civ. Seine, 27 déc. 1894, *Gaz. Pal.* 1895, 1, 39. — Besançon, 14 mars 1894. D. P. 95, 2, 284. — Pau, 12 juin 1893. S. 1897, 2, 14. — Turin, 21 déc. 1897. D. P. 1900, 2, 475. — Req. 29 mai 1900. D. P. 1901, 1, 265. — Paris, 28 juin 1901. D. P. 1902, 2, 145. — Req. 4 mars 1903. S. 1903, 1, 471. — Crim. 30 oct. 1902. D. P. 1904, 5, 592 et *Gaz. Pal.*, 1902, 2, 580. — Crim. 26 janv. 1901. D. P. 1904, 1, 157. — Crim. 9 mai 1908. D. P. 1909, 1, 135. — Civ. 27 nov. 1911. D. P. 1915, 1, 60. — Civ. 19 janv. 1927. D. P. 1928, 1, 17.

Ce passage de l'idée d'autorité de fait à celle d'autorité de droit représente le maximum de ce que pouvait obtenir la jurisprudence, dans son effort d'assouplissement du critérium classique et de son adaptation aux réalités nouvelles de la vie juridique.

Ainsi transformé, le critérium classique est presque méconnaissable ; certes il se ressent toujours de ses origines et les termes de surveillance, d'ordres, d'instructions, etc... figurent toujours dans la formule jurisprudentielle. Mais à part ceci, combien grande est la différence qui le sépare du nouveau critérium de l'autorité de droit ! Le critérium classique de la surveillance effective impliquait, en effet, chez le maître ou le commettant, le pouvoir matériel de donner des ordres, c'est-à-dire une *compétence technique* indéniable (1). Au contraire, ce critérium, que nous appellerons « néo-classique », de l'autorité de droit présente le grand avantage de débarrasser les esprits de cette idée, bien souvent gênante, de compétence technique (2).

D'autre part, le *moment* où le juge doit se placer pour apprécier la responsabilité du commettant n'a-t-il pas changé lui aussi ? Pour le critérium du défaut de surveillance, ce moment était celui où la surveillance devait s'exercer pour empêcher la *réalisation du dommage*. Avec le critérium de l'autorité, on revient au moment initial (que le critérium du mauvais choix prenait seul en considération le moment où, le commettant, en choisissant ou en désignant le préposé, se réservait, par la convention qu'il passait avec lui, le *droit* de lui donner des *ordres* et des *instructions*. Cela veut dire qu'avec le nouveau critérium clas-

(1) V. Giorgio Giorgi : *Teoria delle obbligazioni*, V, n° 329.

(2) Pour ce qui touche la compétence technique, voir notre chapitre des « critères », p. 127.

sique, on ne se contente plus d'apprécier les circonstances de fait dans lesquelles le dommage a pu avoir lieu, mais, qu'après avoir précisé ces circonstances, on remonte aux *sources* du rapport qui relie le commettant au préposé et aux sources de l'autorité elle-même.

La conséquence de cet état de chose, c'est que le critérium néo-classique est beaucoup plus large que le critérium classique proprement dit et qu'il permet d'englober, sous son couvert, des situations qui échapperaient à ce dernier ; à ce point de vue, la modification de la formule jurisprudentielle n'a pu être que fort heureuse et il est tout naturel qu'elle ait satisfait l'esprit de bien des auteurs (1).

Seulement, il s'agit d'examiner les choses de plus près, et plusieurs questions vont retenir, pour quelque temps, notre attention, à savoir : en premier lieu, la *nature* de ce droit de surveillance et de direction ; en second lieu, l'étendue de son domaine d'application ; enfin, les *sources* d'où certains auteurs le font découler.

Et, tout d'abord, ce droit de surveillance et de direction, est-il bien une réalité juridique, ou bien n'est-il qu'une simple *fiction* ? La question semble bien légitime, si l'on pense que, dans certaines hypothèses particulières, ce prétendu droit de surveillance, ne pourra jamais s'exercer en fait, par suite de l'éloignement, ou par suite des conditions particulières dans lesquelles le préposé s'acquitte de sa mission. Il en sera ainsi pour les bûcherons qui travaillent dans une forêt, pour les chauffeurs qui font des courses pour le compte du garagiste ou du propriétaire de la voiture qui les emploie, pour les capitaines de navire qui s'en vont naviguer au loin, etc...

(1) Voir notamment Willems : *Etudes précitées*, dans *Rev. gén. du Droit*, 1896, p. 18 et suiv. Flour, thèse, Caen, 1933.

De par leur profession même, tous ces préposés sont, plus ou moins, soustraits à tout contrôle effectif, à toute surveillance ou autorité de fait (1). A leur égard le commettant ne

(1) En commençant par les *bûcherons* ou une certaine surveillance de fait se conçoit encore (le propriétaire du bois pouvant venir de temps en temps surveiller ses ouvriers) la surveillance de fait diminue progressivement avec les *chauffeurs* d'automobile (que leur maître ne peut surveiller, à moins de prendre place dans la voiture, et encore...) et finit par disparaître avec le *capitaine de navire* qui échappe complètement à toute autorité de fait (comme à toute autorité de droit, d'ailleurs) de l'armateur à son égard. Cependant — dira-t-on — est-il bien vrai que le capitaine de navire ne reçoive jamais en fait, des ordres de la part de l'armateur, et ce dernier ne lui donne-t-il pas (soit au moment du départ, soit même en cours de route par T. S. F. par exemple — voir Flour, thèse précitée, p. 182, note 3) toutes sortes d'instructions concernant l'itinéraire à suivre, les détours ou les escales à faire, etc.? Evidemment nous ne songeons pas à contester ce point. Seulement la question n'est pas là. Ce qui intéresse, c'est de savoir s'il peut y avoir un rapport quelconque entre ces instructions effectivement données et reçues, et la réalisation du dommage dont les tiers ont souffert. Si en prenant place dans mon automobile à côté de mon chauffeur, je lui intime l'ordre exprès d'aller plus vite et si à cause de cet ordre un accident arrive, il est certain que c'est l'autorité de fait, dont j'ai fait montre à son égard, qui pourra être considérée comme la source réelle et le fondement de ma responsabilité (Voir sur ce point Maurice Picard, note sous Paris, 14 mars 1930, *Rev. gén. des Ass. terrestres*, 1930, p. 577). Mais si, en montant dans ma voiture, j'indique tout simplement au chauffeur l'endroit où il doit me conduire et l'itinéraire qu'il doit suivre, aucun rapport ne saurait être relevé entre ces indications et la réalisation même du dommage; c'est ce qu'on peut exprimer en disant que la source réelle de la responsabilité qui m'incombe, en ce cas, ne réside nullement dans l'autorité de fait que je possède à l'égard de mon chauffeur.

Donc, lorsque nous disons que le capitaine de navire ne peut, ni en fait, ni en droit, recevoir des ordres de la part de l'armateur, nous entendons par là (d'accord avec les auteurs néo-classiques, — voir Flour, thèse précitée, page 183) que le capitaine ne saurait, de par la nature même de sa mission, recevoir des ordres *qui seraient la cause déterminante* des accidents causés et des dommages soufferts. La possibilité, pour le capitaine, de correspondre par T. S. F. avec son armateur,

possède donc pour la plupart du temps qu'un droit théorique, dépourvu de toute possibilité d'exercice pratique et effectif — un droit sur du papier... Mais qu'est-ce qu'un droit de cette nature, sinon une simple fiction juridique ? (1). Il est vrai que cette fiction est utilisée par la jurisprudence, dans un très grand nombre d'hypothèses, en tant qu'instrument technique, afin d'atteindre le but même que la loi se propose : le dédommagement de la victime. Mais, il n'en reste pas moins vrai que c'est, avant tout, une fiction et que, sous cette apparence utile du droit de donner des ordres, doit se cacher — comme sous toute fiction — la réalité juridique qu'il s'agit de saisir (2).

Maintenant, une fois élucidée cette question de la nature de l'autorité de droit, une autre question se pose : Cette fiction (puisque fiction il y a) suffit-elle à rendre les services qu'on attend d'elle ? et n'y a-t-il pas des cas où le commettant est déclaré civilement responsable des faits de son préposé, et où l'on est d'accord pourtant pour reconnaître que

nous semble dénuée de tout intérêt : le capitaine n'en demeure pas moins « maître à son bord » ! La jurisprudence est dans ce sens : voir Trib. Comm. Havre, 28 déc. 1923 et Rouen, 12 mai 1926, *Rev. Dor.*, 15, 397.

Pour la question de savoir si le capitaine de navire est bien un préposé, voir plus loin notre chapitre sur la responsabilité de l'armateur.

(1) Ce caractère *fictif* du droit de donner des ordres et instruction est, généralement, reconnu même par les auteurs classiques : « Peut-être (dit M. Flour, thèse précitée, p. 139) semblera-t-il contradictoire ou *artificiel* de se fonder sur le contrôle de certains actes, sans se préoccuper de la façon dont il a été effectivement pratiqué. » De même Willems, article précité, p. 21, qui parle du droit « au moins *théorique* de donner des instructions ». De même Zingher, thèse, Paris, 1923, p. 74.

(2) Sur l'utilité (au moins transitoire) des fictions. Voir Demogue : Les notions fondamentales du droit privé, Paris, 1911, ch. V, p. 242.

ledit commettant ne possède, *ni en fait, ni même en droit*, le pouvoir de lui donner des ordres ou des instructions ? — Ne voulant pas bouleverser un certain ordre de développement des questions que nous nous sommes imposé, nous verrons plus loin, au chapitre de la responsabilité de l'armateur, la réponse qu'il faut donner à cette importante question.

Mais, même si nous supposions pour un instant (ce qui n'est pas du tout démontré) que l'idée du droit de donner des ordres suffirait, à elle seule, à recouvrir le domaine tout entier de la responsabilité des maîtres et commettants, nous pourrions encore nous demander quelle est la *source* d'où ce droit découle. Cette autorité, dont le commettant jouit à l'égard de son préposé, ne tient-elle pas — se demandent les auteurs sociaux — à la différence de situation économique et sociale, qui les sépare ? Et dès lors, ne faut-il pas — se disent ces mêmes auteurs — abandonner le critérium classique proprement dit, qui fait reposer la responsabilité du commettant sur la faute que ce dernier a commise, en choisissant mal ou en surveillant mal son préposé ?...

Cette conception « économique et sociale » des rapports de commettant à préposé dépasse déjà sensiblement — comme on le voit — le critérium néo-classique de l'autorité, qui avait, lui-même, marqué un progrès certain sur le critérium classique proprement dit. Assurément, le critérium de l'autorité continuait d'insérer dans sa formule des termes classiques par excellence comme ceux de : « soumission », de « subordination », d' « instructions » ou d' « ordres » donnés ou reçus. Cependant, déjà, au point de vue du fondement de la responsabilité, un abîme le séparait du critérium classique. Car, si le mauvais choix ou le défaut de surveillance constituait *une faute* à la charge du commet-

tant, il est évident que la simple jouissance, de la part de ce dernier, d'un droit (théorique) de donner au préposé des ordres et des instructions, ne pouvait lui être reprochée...

Pourtant, le critérium de l'autorité, essentiellement différent du critérium de la faute, se ressentait encore — par la forme qu'il revêtait — de ses origines classiques. Aussi, avec le critérium social de la dépendance économique, tout change. Les éléments juridiques, se rattachant à la manifestation ou à la défaillance de la volonté du commettant (mauvais choix, ou défaut de surveillance) perdent de leur importance ; tandis que des éléments économiques divers : entreprise, profits, salaires, etc... s'affirment au premier plan. La matière toute entière en est bouleversée et le domaine de la responsabilité des commettants, considérablement élargi.

C'est pourquoi, nous jugeons bon d'arrêter là l'étude de la période classique de l'évolution jurisprudentielle. Une nouvelle période va s'ouvrir qui sera caractérisée et par un critérium et par un fondement nouveau. Et les différences qui séparent, au point de vue économique et social, la situation des patrons de celle des ouvriers vont servir, à cette époque, de support au critérium de la notion de préposé.

II^e SECTION. — LA PÉRIODE SOCIALE

§ 1^{er}. — *Le critérium de la dépendance économique et sociale.*

La doctrine sociale est d'origine assez récente (1). Bien

(1) Suggérée par M. Paul Cuche dans un article de la Revue Critique de 1913, p. 422 (à propos de la nouvelle définition qu'il convenait de donner au contrat de travail, à la suite de la loi

avant son éclosion, cependant, et son développement doctrinal, les arrêts de la jurisprudence avaient déjà reçu l'empreinte des grandes transformations économiques et sociales, qui ont modifié, à tant d'égards, l'aspect des institutions et de la vie sociale moderne. — Les progrès incroyables du machinisme ; l'importance considérable des masses ouvrières, du fait de leur participation, toujours accrue, à la production industrielle en série, transformant tous les problèmes économiques, qui les touchent, en de véritables problèmes sociaux ; la nécessité d'une protection efficace de ces ouvriers, tant au point de vue de leur salaire qu'au point de vue de la condition et de la sécurité de leur travail ; ce grand mouvement d'ensemble, en somme, qui a amené l'élaboration de la loi du 9 avril 1898, sur les accidents du tra-

du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes qui englobait dans ses dispositions les salariés à domicile), (voir aussi « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique » D. H. 1932 Chronique, pp. 101-104), reprise et développée par M. Savatier (dans ses remarquables notes au D. P. 1923, 1, 5, et D. P. 1924, 2, 73), suivi par M. Dallant (Thèse Poitiers, 1927, p. 75 et suiv.), par M. Besson (note au D. P. 1928, 2, 13), et par M. Waline (note au D. P. 1929, 1, 153), elle a été récemment adoptée par une circulaire de M. Pierre Laval, Ministre du Travail, en date du 23 août 1930, D. P. 1931, 4, 167, « relative à la détermination de la qualité de salarié au regard de la loi du 30 août 1930 sur les assurances sociales ».

La circulaire ministérielle, d'ailleurs, fait place, à côté de la dépendance économique, au critérium classique de la subordination : « L'objet de la loi est en effet de protéger contre les risques sociaux tous les travailleurs économiquement faibles », c'est-à-dire tous ceux qui, vivant principalement du produit de leur travail se trouvent placés à l'égard de celui qui les rémunère, dans un rapport soit de *subordination personnelle*, soit de *dépendance économique* » (p. 167, col. 3).

Pour la critique de la circulaire ministérielle de M. Laval voir : Paul Pic, note au D. P. 1931, 1, 121 et surtout note au D. P. 1931, 2, 113.

vail, et qui a favorisé le développement du principe de la responsabilité du fait des choses (que l'art. 1384 § 1^{er} ne semblait contenir qu'en puissance), enfin, le prodigieux développement, à notre époque, du système des assurances, ne pouvaient pas ne pas affecter et les conditions, et les critères, et le fondement même de la responsabilité du fait d'autrui.

Il n'est pas étonnant, dès lors, que certains auteurs aient été tentés de rapprocher le critérium de la notion de préposé de celui qui opérait la distinction entre le *contrat de travail* et le *contrat d'entreprise* (1) et de voir dans les rapports de dépendance économique et sociale entre les patrons (qui recueillent tous les bénéfices ou *profits* de l'entreprise) et les ouvriers (auxquels ils payen un *salaire*) la source même du droit, que posséderait le commettant de donner des ordres à ses préposés.

(En somme, comme on le voit,, la doctrine sociale ne vient pas en contradiction avec la thèse néo-classique (puisqu'elle ne nie pas que l'autorité ne soit essentielle aux rapports de commetants à préposés. Au contraire, elle semble la confirmer, puisqu'elle ne fait qu'éclairer tout simplement les sources d'où cette autorité découle).

*
* *

A cet égard, certains arrêts sont extrêmement significatifs ; et parfois, la responsabilité d'une personne est engagée, à titre de commettant, pour cette seule raison qu'elle

(1) Savatier : note précitée au D. P. 1923, 1, 5 ; Dallant : Thèse Poitiers, 1927, pp. 87-88 ; Besson : note précitée au D. P. 1928, 2, 13 ; Jean Loup : note au D. P. 1930, 2, 97.

est intéressée à l'affaire, qu'elle retire des bénéfices de l'opération, et que *par suite*, elle est obligée à surveillance et contrôle.

Ainsi, un arrêt de la Cour de Paris du 12 mai 1873 (infirmant le jugement du Tribunal Civil de la Seine, du 3 mai 1872, D. P. 1873, 2, 201) (Lesage et Comp. contre de Saint-Clair).

En l'espèce, de Saint-Clair, propriétaire d'un terrain, cède à Thévenon le droit d'y exploiter une carrière de cailloux et de sable, moyennant un loyer fixe de 400 fr. par an et une redevance de 2 fr. 25 par mètre carré fouillé. L'exploitation ayant provoqué des éboulements et le terrain voisin appartenant à Lesage et Comp. ayant été endommagé, ces derniers formèrent une action en dommages-intérêts contre de Saint-Clair, que le Tribunal Civil de la Seine rejeta, cependant, pour la raison que : « le bailleur n'est aucunement responsable, envers les tiers, des faits délictueux qui peuvent être commis par son locataire, lequel n'est pas son préposé ou placé, à un titre quelconque, sous sa surveillance ». Mais, la Cour de Paris, par une analyse plus exacte de la convention conclue par les parties, infirma la décision des premiers juges, en faisant appel à l'idée de profit et à l'obligation de surveillance qui en découle. « Attendu (dit la Cour de Paris) que le bail consenti par de Saint-Clair au profit de Thévenon n'a pas seulement pour objet une exploitation agricole, pour laquelle il est stipulé un modique loyer de 400 fr., mais aussi, et surtout, l'exploitation d'une industrie... ; que, pour cette raison, Thévenon s'est engagé à payer, en sus du loyer, un prix de 2 fr. 25 par mètre superficiel ; que, ces stipulations établissent une association d'intérêts entre le locataire et le propriétaire, appelé à recevoir un bénéfice proportionnel à la quantité de sable et de cail-

loux extraits *et par suite* obligé au *contrôle* de l'exploitation... : qu'étant tenu, d'une part, de surveiller l'exécution du bail » (qui interdisait les fouilles à une certaine distance du fonds voisin) » et, d'autre part, intéressé à laisser étendre le périmètre de l'extraction, on ne saurait se prévaloir d'un défaut de surveillance, qui le rend directement et personnellement responsable de l'exploitation abusive de son locataire. Par ces motifs etc... condamne ».

Et cette même idée de profit se retrouve, ainsi, dans un très grand nombre d'arrêts, soit d'une manière explicite (et alors les arrêts parlent des « bénéfices », des profits de l'entreprise) soit d'une manière implicite (et alors il s'agit d'ouvriers « salariés » par leur patron, ce qui suppose évidemment les profits que le patron retire de leur travail (1).

§ 2. — Critique du critérium social.

L'idée de profit paraît, à première vue, séduisante et très claire. En réalité, il n'en est rien ; car, tantôt, elle prête à des confusions, quelque peu regrettables, tantôt elle impose des conséquences, qui, en l'état actuel de la jurisprudence, ne sauraient plus être acceptées.

(1) Req. 30 janv. 1856, D. P. 1856, 1, 459 ; Ch. Réunies, 28 févr. 1856 D. P. 1856, I, 161, cassant l'arrêt de la Cour d'Amiens, 6 juillet 1855 ; Req. 1^{er} août 1866, D. P. 67, 1, 26 ; Paris, 30 nov. 1867, D. P. 1867, 5 371 ; Bordeaux, 10 mars 1874, D. P. 1875, 2, 67 ; Req. 26 mai 1875, D. P. 1877, I, 248 ; Civ. 27 juin 1876, D. P. 1876, 1, 374 ; Toulouse, 10 janv. 1876, D. P. 1877, 2, 51 ; Paris, 16 févr. 1880, D. P. 1881, 2, 81 (première espèce) ; Poitiers, 26 déc. 1892, D. P. 1893, 2, 349 ; Paris, 19 déc. 1896, D. P. 1897, 2, 172 ; Tr. Civ. de la Seine, 14 mai 1901, Gaz. Pal. 1901 (2^e sem.), 82 ; Trib. Cor. de la Seine, 23 fév. 1905, *Gaz. des Trib.*, 1905 (2^e sem.) 2, 305 ; Bordeaux, 13 déc. 1909, D. P. 1912, 1, 323.

Et d'abord, elle prête à certaines confusions, car l'idée de *profit* bien que fortement reliée à l'idée d'*entreprise* (1), n'éveille bien souvent dans les esprits (en dehors de toute idée d'entreprise, et même, ce qui est plus grave, en dehors de toute idée de rémunération pécuniaire) que l'idée d'un simple profit, d'un simple intérêt, que le maître ou le commettant aurait, à ce que son préposé fasse telle ou telle chose, pour son compte.

Et, en fait, le commettant exploite-t-il toujours une entreprise industrielle ou commerciale ? N'y a-t-il pas des cas où la jurisprudence reconnaît au commettant cette qualité et où l'on ne peut parler de « bénéfices », de « profits » ou d'« entreprise », mais tout au plus d'un intérêt, d'un avantage, voire d'un plaisir, que le commettant retirerait de l'activité du préposé ? Il en est ainsi pour toute la matière des « relations de complaisance » (propriétaire d'une automobile qui confie, pour quelque temps, la conduite de sa voiture à un

(1) « Pour avoir cette qualité que le Tribunal Civil désigne sous le nom de « préposant », il faut être un producteur, un *patron spéculant* sur les résultats d'une *entreprise* ». Planiol, note sous Angers, 25 janv. 1892, D. P. 1892, 2, 465, p. 466, col. 1. De même : « la théorie du risque ne doit pas s'étendre indistinctement à tous les profits que l'on peut retirer des services d'autrui... l'ayant liée à l'idée d'*entreprise*, de mise en œuvre de tous les moyens d'un organisme de production, ce qui lui donne en quelque sorte une physionomie industrielle, nous ne la percevons pas... etc... etc... » ; Dallant, Th. Poitiers 1927, p. 14. Voir de même Roux, note sous Aix, 13 mars 1914, S. 1914, 2, 177, p. 178, col. 2 ; Flour, Thèse Caen, 1933, p. 42 ; Enfin Demogue, V, n° 881, p. 75. Cependant, M. Demogue emploie aussi un autre terme qui est, à notre avis, plus intéressant que celui d'*entreprise* ; c'est celui « d'organisme » (Demogue, III, p. 476). Or, cette notion d'organisme n'éveille-t-elle pas tout aussi bien nue idée « d'*entreprise* » (rouage compliqué d'organes ordonnés par rapport à un but commun) que l'idée, sensiblement différente, d'« *organe* » et de « *fonction* » ?..»

Pour l'analyse de l'idée « d'organisme », voir plus loin, p. 107.

parent ou à un ami). A ce propos M. Demogue (dans son *Traité des obligations*, tome III, p. 476) dit textuellement : « Les organismes dangereux (les automobiles), ont un caractère commun : ils sont coûteux. Celui qui les emploie, ayant une situation fortunée, pourra plus facilement subir une perte. Il est, d'ailleurs, probable qu'il retire de cette chose *certain profits, certains plaisirs*, sans quoi il ne l'aurait pas employée... »

Avec les accidents d'automobiles et les relations de complaisance, l'idée de profit semble donc se détacher de l'idée d'entreprise (1).

D'ailleurs, cette dernière ne constituait-elle pas, dans la période sociale même, une base trop étroite ? Divers auteurs avaient, déjà, remarqué que l'idée de risque, liée à l'idée d'entreprise, ne pouvait être étendue aux relations de maître à domestique, sous peine de forcer le sens du mot entreprise, de déformer la signification courante de cette notion. Car, il était évident, que les domestiques, qui ont toujours été considérés par la doctrine et la jurisprudence comme une simple variété de préposés (2), ne rentrent dans la catégorie de ceux sur le travail desquels le maître « spéculé », en retirant des « profits » ou des « bénéfices » proprement dits. C'est pourquoi certains auteurs proposaient de faire sortir les domestiques de la catégorie des préposés (3).

(1) Pour l'étude des relations de complaisance et des accidents d'automobiles voir plus loin le chapitre consacré à la période moderne.

(2) Voir Laurent, XX, n° 571 ; Planiol, II, n° 911 ; Demogue, V, n° 887 ; Sourdat, II, n° 915.

(3) Voir Planiol, *Rev. crit.* 1909, p. 299, qui regrette que la loi

Et alors le critérium du risque-profit ne se révèle-t-il pas trop étroit ? (1) Et, ne faut-il pas, si l'on veut, à tout prix, mettre d'accord la doctrine sociale avec les exigences du texte de l'article 1384 § 5, qui ne distingue nullement entre domestiques et préposés, faire subir au critérium économique une légère modification et dire (en se plaçant, bien entendu, au point de vue des auteurs sociaux) que ce qui caractérise les préposés (soit ouvriers salariés, soit domestiques à gages) c'est le *salaire* qu'ils reçoivent ?

En éliminant l'idée de profit, en mettant l'accent sur l'idée de *salaire*, nous ne déformons nullement la doctrine sociale. Le critérium de la dépendance économique et sociale ne vise-t-il pas la situation des travailleurs, et le contrat de travail n'est-il pas caractérisé justement par cet élément essentiel de salaire ?... (2) Tout salarié n'est-il pas, économiquement et socialement parlant, subordonné à son maître ou à son patron ? et, du moment que ce dernier le rémunère, n'est-il pas en droit de lui donner des ordres et des instruc-

et la jurisprudence aient « confondu dans une solution unique deux situations qui demanderaient une règle différente ».

Voir aussi Colin et Capitant, II. (éd. 1924, p. 393) qui semblent se rallier à la distinction ci-dessus entre « le préposant *qui spéculé* sur le travail du préposé et le maître qui se fait servir mais ne *spécule pas* ».

(1) « Comment parler ici de risque assumé, parce qu'il y a entreprise... » se demande à juste titre Esmein Ex. doctr. Rev. crit. 1924, p. 196.

Dans le même sens de l'insuffisance de l'idée d'entreprise à ce point de vue Mazeaud I, n° 933, p. 653 ; Rutsaert, Th. Paris, 1930, p. 122.

(2) A. Martini, la notion du contrat de travail. Th. Paris 1912, p. 97. Le contrat de travail serait d'après cet auteur : « celui par lequel toute personne qui n'exerce pas une profession libérale s'engage à travailler sous la dépendance et la subordination d'une autre, qui s'oblige à lui payer un *salaire*, calculé soit à raison de la durée du travail, soit à raison de la qualité ou de la quantité de l'ouvrage accepté, etc... »

tions sur la manière dont il doit s'acquitter de sa tâche?...

Corrigée de cette manière, et pour la période sociale seulement, la doctrine sociale deviendrait parfaitement valable. Et peu importe, maintenant, la manière dont se fera la rémunération : à l'heure, à la tâche, par pourboires, à la moyenne, ou en bloc à un chef d'équipes (1), pourvu qu'il y ait rémunération de l'ouvrier, pourvu qu'il y ait « *salaire* ».

Quelle était, en effet, la situation des préposés dans l'arrêt de la Chambre Criminelle du 13 janvier 1922 (D. P. 1923, 1, 5, et note Savatier) qui forme comme le point de départ de la nouvelle orientation jurisprudentielle ? Des bûcherons, travaillant dans un bois, loin de toute surveillance éventuelle, avaient provoqué, par leur imprudence, un incendie qui s'était communiqué aux forêts voisines. La difficulté que l'arrêt devait surmonter consistait dans le fait que ces bûcherons avaient été engagés « à la tâche et à forfait » et que, par conséquent, leur situation — non pas seulement au point de vue de la surveillance et de l'autorité, (dont le maître était en l'espèce dépourvu), mais, aussi, au point de vue de la rémunération — ne se distinguait en rien de celle d'un ouvrier spécialisé, ou de celle d'un entrepreneur indépendant. Pourtant, la chambre criminelle, considérant la très grande différence de situation économique et sociale, qui séparait le propriétaire du bois de ses modestes ouvriers, et interprétant (à l'aide de cet élément, et en l'absence d'autres éléments contraires) la convention qu'ils avaient passée avec le maître de l'ouvrage, déclara la responsabilité de ce dernier engagée sur le fondement de l'art. 1384, § 5 :

(1) Voir les arrêts cités par M. Demogue, V, p. 96, notes (2) et (3) ; Adde : Dijon, 24 juin 1931, D. H. 1931, 5, 30 ; Voir aussi Savatier, note D. P. 1923, 1, 5.

« Attendu (dit la Chambre criminelle) que si Osinalde, (le bûcheron par la faute duquel l'incendie s'était déclaré) faisait partie d'une équipe travaillant à la tâche et à forfait et si l'un des membres de ladite équipe percevait les salaires de tous les ouvriers la composant, une telle organisation, destinée à assurer un meilleur rendement, n'avait nullement eu pour conséquence de transformer en une entreprise, le contrat de louage de l'ouvrage et de services, intervenu entre Osinalde et Beaumartin.

Attendu qu'en tirant des faits ci-dessus exposés la conséquence que Beaumartin était responsable du dommage causé par Osinalde son préposé, l'arrêt attaqué, loin d'avoir violé la disposition de la loi... en a fait, au contraire, une exacte application, etc... rejette... »

Encore une fois, par conséquent, peu importe *le mode* de rémunération, pourvu qu'il y ait eu, en réalité, rémunération. Car la condition juridique de tout préposé, dans la conception sociale, semble se confondre avec la condition économique du salarié.

Quelles sont donc, en résumé, les critiques que suscite le critérium de la dépendance économique et sociale ?

D'abord, comme nous venons de le voir, le préposé est assimilé à un « salarié ». Et aujourd'hui (depuis les arrêts intervenus en matière de relations de complaisance) il est de jurisprudence constante que la situation des commettants et des préposés n'implique nullement, d'une manière nécessaire, des rapports de rémunération (1).

(1) V. Nancy, 5 déc. 1896, D. P. 1897, 1914, 2, 31 ; Crim., 11 juil. 1913., Gaz. Trib. 1913 (2^e sem.), 1, 120 ; Crim. 24 oct. 1913, Gaz. Trib. 1914 (1^{er} sem.), 1, 46, etc... cités par Demogue, V, p. 96, notes (2) et (3).

V. aussi notre chapitre sur la période moderne, p. 70.

Ensuite, elle suppose, entre commettant et préposé, une différence de classe sociale. Il y a dans cette dernière considération comme une réminiscence de la doctrine classique qui mettait l'accent, comme on le sait, sur le fait de la subordination. Les auteurs sociaux prennent bien la peine de nous dire que, dans leur conception, ce rapport n'est plus, comme dans la doctrine classique, un rapport de dépendance « physique » (1). c'est-à-dire de soumission de la volonté du préposé à celle du commettant ; mais une dépendance économique et sociale découlant d'une multitude d'éléments divers, concourant tous à nous donner cette impression. Cependant, nous ne pouvons nous empêcher de remarquer que dans « dépendance économique et sociale », il y a encore « dépendance » (2) et que les salariés, — comme autrefois, dans la conception classique, les domestiques, — forment une classe sociale séparée de celle des maîtres et commettants, (certes, non pas par des cloisons étanches, mais, quand même, par des barrières sociales, bien nettes). La note de M. Savatier au D. P. 1923, 1, 5, contient à cet égard un passage des plus caractéristiques : « La note économique et sociale (dit cet auteur) qui distingue son travail (le travail de l'ouvrier) de celui de l'entrepreneur est si nette qu'elle s'imprime, pour ainsi dire, sur la personnalité de ces deux hommes : quand un entrepreneur exécute des travaux d'ouvriers, on présume qu'il entend garder son

(1) Savatier, note précitée au D. P. 1923, 1, 5. : « Peu importe le degré d'indépendance *physique* que gardent ces travailleurs. Leur dépendance *économique* suffit. »

(2) « De quelque manière qu'on comprenne la notion de préposé... » (dira M. Savatier, note au D. P. 1931, 1, 49, page 50, col. 1) « elle suppose... une subordination, soit matérielle et juridique, soit économique et sociale, du préposé au commettant ».

indépendance et rester entrepreneur (1). De même, lorsqu'un ouvrier, travaillant couramment comme tel, prend un emploi à la tâche, il reste ouvrier » (2).

Pourtant M. Savatier lui-même, dans sa note précitée, formulait sur la doctrine économique et sociale qu'il émettait, certaines réserves bien significatives (3) et un avenir très proche devait lui donner raison. Car, en effet, comme nous l'avons déjà dit (et comme nous le verrons, avec plus de détails, plus loin), la jurisprudence a, depuis une vingtaine d'années, consacré en matière d'accidents d'automobile causés par un conducteur bénévole, des solutions qui ne s'accordent plus guère avec le critérium de la dépendance économique et sociale et avec les conséquences qu'il implique. Et aujourd'hui, il est constant que la subordination économique et sociale du préposé (comme toute espèce de subordination, d'ailleurs) est absolument indifférente à l'application de l'art. 1384, § 5 du Code Civil, en ce sens, du moins, que ladite subordination ne constitue aucunement une condition essentielle des rapports de commettants à préposés.

Devant cette extension jurisprudentielle du domaine de la responsabilité des commettants, les auteurs sociaux ne pouvaient, certes, que s'incliner ; aussi M. Savatier lui-même dans sa note au D. P. 1930, 1, 137, semble-t-il abandonner le

(1) Limoges, 19 déc. 1900 et Civ. 6 août 1902, D. P. 1902, I, 579 (Trassoudaine c. V^{ve} Boulant).

(2) V. Req. 12 déc. 1910, D. P. 1911, I, 254 (Neute c. Aupetit).

(3) « Ce critérium nouveau est intéressant », disait M. Savatier, « mais ne résout pas toutes les difficultés », Savatier, note au D. P. 1923, 1, 5, col. 1.

critérium économique et social qui l'avait un moment séduit (1).

En résumé, et quelle que soit l'importance et la valeur de la notion du contrat de travail pour la législation ouvrière (2), elle ne peut plus constituer aujourd'hui le critérium de la notion de préposé. Et l'élément salaire, s'il est essentiel au contrat de travail, n'est pas, en revanche, essentiel au rapport de commettant à préposé.

Dès lors, nous pensons qu'il est inutile d'insister davantage et qu'il convient de clore, là, cette seconde période de

(1) Savatier, note sous Req. 1^{er} mai 1930 et Civ., 24 juin (deux arrêts) D. P. 1930, 1, 157 ; Voir cependant la curieuse position de M. Dallant qui condamne, au nom du fondement du risque-profit, l'extension jurisprudentielle en matière de relations de complaisance (Dallant : Thèse Poitiers, 1927, p. 109) et qui persiste dans son point de vue, dans sa note récente au D. P. 1931, 1, 171. — Sur le vice de méthode qui consiste à contester toute valeur à un mouvement jurisprudentiel constant, au nom d'une conception personnelle, particulière, voir plus loin le cas similaire de M. Flour, p. 104, de la présente étude.

(2) « Elle donne (disait M. Savatier) la clef d'un grand nombre de questions, car elle fixe la limite de quantités de règles concernant seulement les travailleurs dépendants et inapplicables, par suite, soit aux entrepreneurs, soit aux membres des professions libérales ». Savatier, note D. P. 1923, 1, 5, col. 2) à savoir : « les lois sur la compétence des conseils de prud'hommes » l'ensemble des lois sur la réglementation du travail (journée de 8 heures, repos hebdomadaire, protection des femmes en couches, modalité de paiement, les privilèges des salaires, la saisie-arrêt des salaires, le délai-congé, les cautionnements déposés par les employés et les ouvriers) ; la législation des accidents du travail du 9 avril 1898, la loi du 5 avril 1910, sur les retraites ouvrières et paysannes, auxquelles il faut ajouter la loi récente sur les assurances sociales du 30 avril 1930 (voir Paul Pic, note au D. P. 1931, 2, 40).

Voir cependant la loi du 30 août 1926 D. P. 1927, 4, 160-161 (modifiant la loi du 15 décembre 1922 D. P. 1923, 4, 305 sur les accidents de travail survenus dans l'agriculture) qui a rompu avec « la tradition qui lie l'application de la législation des accidents du travail à la nécessité d'un contrat de travail » (Rouast, note au D. P. 1930, 1, 6). Pour ce point particulier voir plus loin page 90.

l'évolution jurisprudentielle, qui se déroule toute sous le signe économique du *salaire* et du *profit*.

III^e SECTION. — LA PÉRIODE MODERNE

Si, entre commettant et préposé, il n'y a ni rapport de subordination — comme le voulait la doctrine classique, — ni rapport de rémunération — comme le voulait la doctrine sociale, — quelle est donc la nature de la relation qui les unit ?

Nous touchons ici, on le voit, au cœur même du problème de la responsabilité des commettants, tel qu'il se pose, aujourd'hui, dans la jurisprudence contemporaine. Nous avons vu cette dernière, aux époques précédentes, rejeter tour à tour les différents critères qu'elle s'était forgés, pour adopter des critères toujours plus compréhensifs, toujours plus larges. Aujourd'hui, elle atteint avec le nouveau critérium qui se dégage de ses arrêts un maximum d'extension, et elle arrive, vraiment, à donner au domaine de la responsabilité fondée sur l'art. 1384 § 5 les plus larges limites qu'on pouvait lui assigner.

En même temps — et c'est là le problème central dont nous parlions tout à l'heure — se précisent les *conditions essentielles* de la responsabilité des commettants ; et entre elles un rapport intime apparaîtra, qui demeurerait caché jusque là. La matière, si difficile et nuageuse, de la responsabilité fondée sur l'art. 1384, § 5, s'éclaire ainsi de toutes parts ; un nouveau critérium semble vouloir s'imposer, et sa valeur se mesurera à l'importance et au nombre des difficultés qu'il aura permis de résoudre.

Quel est, maintenant, ce critérium et quelles sont ces conditions ?

§ 1^{er}. — *Les conditions d'application
de l'art. 1384 § 5 du Code Civil.*

A notre avis, pour qu'une personne soit déclarée, aux termes de l'article 1384 § 5 du Code Civil, civilement responsable des dommages causés par son préposé à un tiers, il faut — dans l'état actuel de la jurisprudence — que deux conditions essentielles soient remplies :

1° Il faut qu'il y ait une *fonction exercée* par le préposé pour le compte de son commettant.

2° Qu'un *dommage* ait été causé à un tiers, par le préposé, dans l'*exercice* de cette fonction.

Et peu importe — comme nous le verrons — que le commettant ait *confié* la fonction au préposé ou que ce dernier l'ait *assumée* de son propre mouvement. De même que peu importe que le dommage ait été causé par le préposé dans l'*exercice* proprement dit, ou bien par un véritable *abus* de ladite fonction. Il suffit qu'il y ait *fonction exercée pour le compte d'autrui* et que l'acte dommageable se rattache plus ou moins étroitement à ladite fonction (1).

(1) Les auteurs, lorsqu'ils traitent de cette seconde condition de la responsabilité des commettants, parlent généralement de la « *faute* » commise par le préposé dans l'exercice de ses fonctions. Sans discuter le contenu de la notion de faute, disons seulement que nous lui préférons la notion de « *dommage causé* ».

D'ailleurs dans ce sens Beudant et Capitant Esquisse d'une th. gén. de la Resp. Civ. dans Annales de l'Université de Grenoble XVIII 1906, p. 625 : « Dans ces diverses hypothèses prévues par le texte (de l'art. 1384) la personne présumée en faute est responsable par cela seul qu'un *dommage* a été causé *sans qu'il y ait à rechercher s'il y a eu faute* de la part de l'auteur du dommage. »

Du reste, nous ferons remarquer que le texte de l'art. 1384, § 5, ne parle nullement de la *faute commise* par les domesti-

Que ces deux conditions, maintenant, soient suffisantes pour que joue la responsabilité fondée sur l'article 1384 § 5 du Code Civil, voilà ce que les auteurs classiques (ou néo-classiques) ont quelque répugnance à admettre. C'est ainsi que M. Flour (dans sa thèse de Caen 1933, si souvent citée, au cours de notre étude) s'étonne que la Cour de Cassation ait pu rejeter le pourvoi formé contre un jugement du Tribunal Civil de Chalon-sur-Saône du 6 juillet 1928, qui s'était contenté de constater la réunion, en l'espèce, des deux conditions d'application de l'article 1384 § 5 sans ressentir aucunement le besoin de se prononcer sur la question — qui lui avait semblé indifférente — de la subordination du préposé, par rapport à son commettant (1).

En l'espèce, l'arrêt avait considéré un « nourricier », chargé, moyennant salaire, d'élever et de nourrir un pupille de l'assistance publique, comme le préposé de cette dernière : « Le jugement attaqué constate que P... était un préposé *salaarié* de l'Assistance publique pour exercer les *fonctions* de nourricier...; en décidant en l'état de ces constatations que le commettant était responsable du dommage causé par la faute de son préposé, le jugement attaqué a fait une saine application de l'article 1384, etc... »

« Une décision (dit M. Flour) échapperait à la censure, alors même qu'elle ne constate pas la subordination (1), lorsqu'elle se présente sous la forme suivante : l'auteur de la faute est un préposé ; donc, le commettant est responsable.

ques et préposés, mais exclusivement du *dommage causé* par eux dans l'exercice de leurs fonctions. — Dans la conception classique, certes, ces deux notions ne sont pas identiques ; dans la conception sociale, cependant, elles se confondent.

(1) V. Req. 4 juin 1929, D. P. 1929, 1, 153, note Waline.

C'est oublier que les juges du fond ne doivent pas affirmer seulement l'existence des qualités de commettant et de préposé, mais constater la réunion des éléments constitutifs de cette qualité (Flour, th. préc., p. 286).

Or, cette dernière considération de M. Flour, bien que théoriquement très exacte (1), ne nous semble pas en revanche applicable à l'espèce. Car les juges avaient justement retenu l'élément « salaire » comme un élément suffisant pour qualifier le « nourricier » de préposé, c'est-à-dire de personne exerçant une fonction pour le compte d'autrui. Nous pensons donc, qu'à ce point de vue, le jugement du tribunal civil de Châlon-sur-Saône, confirmé par la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation, est à l'abri de toute critique.

Les deux conditions que nous avons dégagées sont suffisantes pour l'application de l'art. 1384 § 5 du Code Civil et nous verrons tout de suite des exemples d'arrêts qui ne font qu'une pure application de ces principes. Bien entendu il y a des cas plus complexes, où se posera la question de savoir *pour le compte de qui*, le préposé exerce-t-il sa fonction et où, par conséquent, la nécessité d'un « *critérium* » se fera sentir. Mais il est d'autres cas, plus simples, (et c'est avec ceux-ci que nous allons commencer) où, seules, les conditions d'application de l'art. 1384 § 5 sont en jeu et où le juge se borne à constater, qu'étant donnée la fonction, que tel individu exerce pour le compte de telle ou de telle personne déterminée, la responsabilité de cette dernière est engagée, à titre de commettant. Ce sont ces cas

(1) Pour le pouvoir d'appréciation de la Cour de Cassation voir la remarquable thèse de M. Marty : La distinction du fait et du droit, thèse Toulouse, 1929.

d'application « pure » de l'art. 1384 § 5, que nous allons, maintenant, examiner.

Voici, à titre d'exemple, un arrêt de la Chambre correctionnelle de la Cour de Caen du 23 juin 1875 (D. P. 1878, 5, 407, infirmant la décision des premiers juges) (Lefort) et qui déclare un cultivateur civilement responsable (vis-à-vis du Trésor, qui avait avancé les frais de poursuite) du délit de chasse commis par son ouvrier journalier, auquel il avait remis un fusil, pour tirer sur des corbeaux qui ravaageaient une pièce de terre,ensemencée de fèves, lui appartenant.

Le Tribunal avait pourtant refusé d'appliquer à l'espèce l'art. 1384 § 5 du Code Civil, sous le prétexte que l'ouvrier n'était nullement le domestique du cultivateur. Mais la Cour d'Appel de Caen, infirmant le jugement, déclara, au contraire, le cultivateur civilement responsable du fait de son ouvrier, pour la raison qu'il avait confié à ce dernier une *fonction* à remplir et que le dommage s'était produit dans l'exercice de ladite fonction.

« Attendu (dit l'arrêt) que l'art. 1384 rend le commettant responsable du dommage causé par son préposé dans la fonction à laquelle il l'a employé ; qu'il est évident que Lefort avait chargé Chouquart de la *fonction de défendre* la pièce de terre ensemencée, contre les corbeaux, en lui remettant un fusil pour tirer dessus et que, c'est dans ladite fonction que Chouquart a commis le fait dommageable en se servant du fusil pour tuer un pigeon ramier ; qu'ainsi Lefort doit être déclaré civilement responsable, etc... Par ces motifs... condamne... » (1).

(1) V. dans le même sens, invoquant l'idée de fonction : (délit de chasse) Dijon, 6 avr. 1870, inf. Trib. corr. de Chaumont D. P.

A l'inverse, la responsabilité d'une personne à raison du fait d'autrui ne saurait être engagée, toutes les fois qu'il n'existe, entre eux, aucune relation de commettant à préposé, c'est-à-dire, dans notre conception, aucun rapport fonctionnel ; et, à cet égard, nous pouvons citer, en guise d'exemples, quelques solutions jurisprudentielles, dont les premières, — bien qu'implicites, il est vrai, — nous semblent, quand même, très significatives.

Ainsi, un arrêt de la Cour de Grenoble du 10 janvier 1883 (D. P. 1884, 2, 168, confirmant le jugement du Tribunal Civil de Chambéry du 28 juillet 1879) (Choulet contre Chemin de fer P.-L.-M.). Un voyageur ayant, à sa descente du train, blessé l'un des employés de la Compagnie de chemin de fer P.-L.-M., celui-ci assigna en dommages-intérêts la Compagnie. Le Tribunal et la Cour (dont les décisions sont intervenues antérieurement à la loi de 1898, sur les accidents du travail) déboutèrent l'employé de sa demande, pour la raison (implicite) qu'il n'y avait aucun rapport fonctionnel, entre le voyageur et ladite compagnie : « Attendu (dit la Cour de Grenoble) qu'une Compagnie de chemin de fer ne peut être rendue responsable en dehors de toute faute personnelle de sa part, des dommages causés par des voyageurs qu'elle transporte » (1).

Citons encore un jugement du Tribunal Civil de Beauvais du 21 novembre 1929 (*Gaz. Pal.*, 1930 (1^{re} sem.), 210) (Dufour contre Le Senne, évêque de Beauvais), qui refuse

1872, 2, 103, (Godinet) ; (délits de chasse et blessures par imprudence) Toulouse, 4 juin 1903 (conf. Trib. corr. de Montauban, 28 mars 1903), D. P. 1909, 2, 165 (Viol et Loupiac c. Caillaillé).

(1) « De même le propriétaire (d'un navire) ne répond pas des fautes des passagers » (Demogue, v. n° 917, p. 113). V. de même Thaller et Riert, I. N° 763, 2^e édit. n° 837. Lyon Caen et Renault, v. n° 189 *ter*,

de considérer un évêque comme le commettant de son curé, et à le rendre civilement responsable des fautes que celui-ci a pu commettre dans la garde d'un mineur qu'on lui avait confié. « Attendu (dit le Tribunal Civil de Beauvais) que les rapports entre l'évêque d'un diocèse et les curés des paroissiens qui en dépendent, ne sont nullement ceux de commettant à préposé ; que le curé n'est pas le préposé de l'évêque ; qu'il agit, dans sa paroisse, sous sa propre responsabilité, sans que l'évêque puisse être tenu pour responsable de ses fautes, en vertu des dispositions de l'art. 1384 du Code Civil. », etc...

Ici encore la solution est implicite, il est vrai, mais elle ne s'explique à notre avis que si l'on admet, qu'entre évêque et curé, il n'y a aucune relation de commettant à préposé, car le curé n'exerçait pas ses fonctions de gardien pour le compte de l'évêque, mais bien pour le compte du père, qui lui avait confié l'enfant.

Nous pourrions citer encore un arrêt de la Cour de Bordeaux du 14 avril 1931 (réformant le jugement du Tribunal Correctionnel de Bordeaux, D. P. 1931, 2, 45 et note Jean Loup) (Taillantou), qui déclara une société sportive irresponsable des suites mortelles des blessures causées au cours d'un match de rugby organisé par elle, par un joueur amateur, en l'espèce Taillantou, à l'un des membres de l'équipe adverse, en l'espèce le joueur Pradier. Le Parquet, ayant poursuivi l'auteur de l'accident, et la Fédération Française de Rugby et le Comité National des Sports étant intervenus dans la poursuite, le Tribunal Correctionnel de Bordeaux condamna Taillantou, au point de vue pénal, et au point de vue civil déclara la Fédération et le Comité des Sports civilement responsables en tant qu'organismes du championnat : « Ces derniers (disait le Tribunal) paraissent avoir

un intérêt certain à s'associer à la défense du prévenu et à chercher à se garantir, ainsi, des suites de la condamnation éventuelle qui pourrait les atteindre. »

Mais la Cour réforma le jugement du Tribunal pour la raison (il est vrai implicite) qu'entre la Fédération et le Comité des Sports, d'une part, et le joueur Taillantou, d'autre part, il n'y avait aucun rapport fonctionnel permettant de faire l'application à l'espèce de l'art. 1384 § 5 du Code Civil : « Attendu (dit la Cour) que les premiers juges ont déclaré lesdites parties civilement responsables ; mais qu'elles déniaient cette responsabilité ; que rien, dans l'espèce, ne l'établissait ; que l'organisation du match eût-elle été assumée par elles, elles ne sauraient être, par ce seul fait, civilement responsables d'une faute, qui est imputable non pas à un défaut d'organisation, mais à un joueur déterminé, qu'on ne peut, sur de simples et même fortes présomptions, qualifier de préposé, au sens juridique du mot, soit de la Fédération, soit du Comité. »

Ici encore, par conséquent, le joueur n'exerçant aucune fonction pour le compte de la Société, la responsabilité de cette dernière ne se concevait pas. Maintenant la solution du procès eût été toute différente, si le joueur, au lieu d'être un « amateur », avait été un « professionnel », payé par la Société pour jouer. En ce cas, il est certain que la responsabilité de la société aurait été engagée (1).

D'autres exemples pourraient être rapportés ici, concernant les accidents de transport (hippomobile ou automobile) et desquels se dégageraient les mêmes principes.

Ainsi, un arrêt (très intéressant à plusieurs points de vue

(1) Dans ce sens, voir Jean Loup, note sous l'arrêt ci-dessus D. P. 1931 2 45 p. 47, col. 2.

et sur lequel nous aurons encore l'occasion de revenir) de la Cour d'Appel de Nancy du 5 décembre 1896 (D. P. 1897, 2, 455), (Laurent contre Philippe et Schwenninger qui qualifia de « préposé » d'une Compagnie d'omnibus, un cocher, qui n'était nullement à son service, mais qui, dans le désir de remplacer un camarade absent, avait temporairement assumé le rôle de cocher de ladite Compagnie. En l'espèce, l'omnibus du Grand Hôtel habituellement conduit par Dupuis, le cocher de Philippe, a été le jour de l'accident momentanément conduit par Bregeot, qui bien qu'appartenant à une autre compagnie, prit la conduite dudit omnibus et causa, par sa maladresse, l'accident dont se plaignit la victime. La Cour d'Appel de Nancy (par confirmation du Jugement du Tribunal) déclara que la responsabilité civile de l'accident incombait tant à l'un qu'à l'autre des deux patrons : « Attendu (dit-elle) en ce qui concerne Philippe : Que les premiers juges ont fait... une saine application de l'article 1384 en considérant, eu égard aux circonstances, Bregeot, auteur de l'accident, comme étant momentanément le préposé de Philippe. Qu'il est constant que... le valet de pied n'avait point été remplacé...; que Philippe... ne pouvait avoir la pensée que le cocher suffirait à lui seul... ; qu'il avait dû nécessairement compter qu'une tierce personne prêterait son concours au conducteur... ; que Bregeot a été précisément cette tierce personne et a été, ainsi, amené, par les circonstances, à devenir lui-même le sous-préposé de Philippe ; qu'il en résulte, qu'à *partir du moment où il a pris la direction* de l'omnibus du Grand Hôtel pour le conduire à son lieu de stationnement... il doit être considéré comme ayant été, jusqu'au retour de Dupuis, *au service de Philippe*. »

Le seul fait, donc, de l'exercice (même temporaire) d'une

fonction pour le compte d'autrui suffit pour qualifier de préposé la personne qui agit.

D'ailleurs, l'arrêt est remarquable à d'autres points de vue encore, car, d'une part, pour le même fait, du même préposé, la responsabilité de *deux* commettants est engagée (1), et d'autre part la responsabilité du commettant occasionnel est engagée *en dehors de toute convention* — même tacite — passée avec son préposé temporaire (2).

Pour les accidents d'automobile, la jurisprudence récente sur les *relations de complaisance* est dans le même sens. Ainsi un jugement du Tribunal Correctionnel de Saint-Quentin du 9 mai 1930 (*Gaz. Pal.* 1930, 2^e sem., 630) (Vve Chauvin c. Joinville, Vve Joinville et Cie d'Ass. *Le Secours*), déclara une dame, propriétaire d'une automobile, civilement responsable des suites de l'accident causé par son fils majeur, qu'elle avait chargé de conduire sa voiture, ce jour-là, et cette seule circonstance est jugée *suffisante* par le Tribunal : « Attendu (dit le jugement) que la

(1) La responsabilité du premier commettant (de Philippe) est engagée, à notre avis, parce que le cocher remplaçant avait causé le dommage dans la fonction qu'il *exerçait* pour le compte de Philippe. La responsabilité du second commettant (de Schwenninger) est aussi engagée parce que, pensons-nous, le dommage avait été causé à *l'occasion* de la fonction confiée par celui-ci à son cocher Dupuis.

Il est vrai que, dans la très grande majorité des cas, les instances judiciaires ne retiennent que la responsabilité d'un seul commettant — soit habituel, soit occasionnel ; — mais les auteurs auraient tort de considérer ce point comme définitivement acquis. V. cependant, à ce point de vue, la note de M. Savatier, D. P. 1928, 1, 17, col. 2 : « dans les brumes de la jurisprudence qui va être analysée, une lueur apparaît pourtant, avec persistance : c'est l'unité, l'indivisibilité pour ainsi dire du fardeau que l'art. 1384 fait peser sur la tête du commettant ».

(2) Nous retrouverons cette question au chapitre des sources du rapport fonctionnel, p. 137 de notre étude.

dame Joinville mère... a chargé son fils Jules de reconduire un autre de ses fils dans l'automobile dont elle était propriétaire ; que Joinville (Jules) s'est trouvé par suite avoir agi en qualité de préposé. »

Le seul fait, donc, de la part du propriétaire de confier à un parent la conduite de l'automobile, et *l'exercice de cette fonction de « chauffeur »* par ce dernier, suffit pour qu'en cas d'accident, la responsabilité du propriétaire soit engagée.

Comme on le voit, dans la période moderne, le rapport entre commettant et préposé n'a plus rien, d'un rapport de subordination. A proprement parler, ce n'est plus qu'un *rapport purement fonctionnel*... (1).

De même, un arrêt de la Chambre Criminelle du 6 mars 1931, rejetant le pourvoi formé contre un jugement du Tribunal Correctionnel de Casablanca du 13 juin 1930 (*Gaz. Pal.* 1931, 1^{re} sem., 537), qui déclare engagée, à titre de commettant, la responsabilité civile d'un certain Carli, propriétaire de la voiture, alors que celle-ci était, le jour de l'accident, conduite, comme d'habitude, par la dame Bouex, sa concubine. Le jugement évoque cette fois-ci le mandat tacite, que le premier avait donné à la seconde, de se servir de la voiture : « Attendu (dit la Chambre criminelle) que le jugement énonce que Carli et la dame Bouex cohabitaient et qu'en raison de la nature particulière de leurs relations... l'automobile de Carli était, avec son autorisation, de façon

(1) Pourtant l'arrêt continu de parler de « subordination » : attendu « que le lien de subordination (!) même occasionel créé par cette situation de fait entre la mère et le fils autorise la partie civile, etc... » Nous aurons à revenir plus tard sur ce phénomène de persistance, dans la formule jurisrudentielle moderne, de cette idée, désormais périmée, de subordination.

permanente, à la disposition de la dame Bouex qui l'utilisait pour les besoins du ménage ; que cet ensemble de faits établit que Carli avait donné à la dame Bouex le mandat tacite de se servir de l'automobile lui appartenant et l'avait ainsi constituée sa préposée. »

La solution de la Chambre Criminelle ci-dessus eût été la même si la personne conduisant la voiture au lieu d'être la concubine du propriétaire de l'automobile avait été sa femme légitime ; car la doctrine et la jurisprudence sont d'accord, en général, pour reconnaître à la femme mariée la qualité de préposée de son mari, toutes les fois que celui-ci lui a confié l'exercice d'une certaine fonction.

Mais s'il en est ainsi pour la femme mariée, il en est différemment pour le mari que les arrêts refusent systématiquement de considérer comme étant le préposé de sa femme, au cas où cette dernière venait à lui confier une fonction déterminée.

C'est ainsi qu'en vertu de l'idée traditionnelle d'autorité, la jurisprudence n'a pas osé se dégager des enseignements de la tradition et appliquer l'article 1384 § 5 du Code Civil au cas où la voiture appartenant à une femme mariée, c'est le mari qui conduit l'automobile au moment de l'accident. La responsabilité civile de la femme n'en a pas moins été engagée, il est vrai, dans cette hypothèse ; mais sur un fondement tout différent de celui de l'idée de préposition, sur le fondement de l'idée de *garde* (1).

*
* *

(1) Douai, 26 juillet 1928 et sur pourvoi Requêtes, 16 décembre 1929, rej. Gaz. Pal. 1930, 1^{er} semestre 312 et la note anonyme. (Compagnie d'Ass. La Foncière contre Veuve Cosyn).

Cette dernière considération nous amène à étudier de plus près les rapports qui existent entre l'idée de préposition et l'idée de garde. Car, si différentes qu'elles puissent à première vue apparaître, si distincts que soient leurs domaines d'application, responsabilité du fait d'autrui, d'une part (article 1384 § 5) et responsabilité du fait des choses, d'autre part (article 1384 § 1^{er}), ces deux idées sont appelées à jouer un rôle sensiblement analogue sur le terrain, qui leur est commun, des accidents causés par des automobiles dont la conduite a été confiée à autrui. La question peut se poser, dans ce cas, de savoir si le passant, victime de l'accident, ayant à choisir entre l'article 1384 § 5 et l'article 1384 § 1^{er} du Code Civil, a quelque avantage de recourir à l'un plutôt qu'à l'autre de ces deux textes, ou bien si, au contraire, le choix est parfaitement indifférent. L'intérêt de la question s'accroît du fait que dans certains cas spéciaux l'usage de l'une de ces deux idées a été (à tort ou à raison) interdit à la victime. De sorte qu'il importe de savoir si, dans ces hypothèses, la victime ne pourra pas faire appel à l'autre moyen, *le seul qui lui reste*, pour obtenir l'indemnisation du préjudice dont elle a souffert.

*
* *

Dans un premier cas particulier, d'abord, c'est l'idée de préposition qui est déclarée défaillante par les juges et c'est l'idée de garde qui vient heureusement se substituer à elle. Ainsi, dans le cas sus-mentionné, la jurisprudence a refusé de déclarer une femme mariée, propriétaire de l'automobile dont elle avait délégué la conduite à son mari, la

commettante de ce dernier (1) ; de même que, quelques années auparavant, la même jurisprudence avait refusé d'engager la responsabilité civile d'une femme mariée, propriétaire d'un domaine rural qu'exploitait son mari, en raison des fautes commises par ce dernier dans l'exercice de ses fonctions d'administrateur et d'exploitant, notamment dans l'exercice de ses fonctions de gardien de l'animal qui avait causé l'accident (2).

Car, disait-on : « L'état de subordination où se trouve le préposé vis-à-vis du commettant est, en effet, incompatible avec la situation du mari dans le ménage et l'autorité maritale » (3). Et M. Savatier approuve ce point de vue :

« Le mari (dit-il) ne pouvait être considéré comme le

(1) Douai, 26 juil. 1928 et sur pourvoi Req. 16 déc. 1929 rej. Gaz. Pal. 1930 (1^{er} semestre) 312 et note anonyme, D. P. 1931, 1, 49, et note Savatier (Cie d'assurances La Foncière contre Veuve Cosyn et autres) précité.

(2) Trib. Civ. de Marmande, 10 déc. 1910 et sur appel. Agen, 22 juin 1911, D. P. 1912, 2, 228 (Epoux Chapelle c. héritiers Rambaud) :

« Attendu (dit la Cour d'Agen) qu'à la vérité et conformément au Droit commun, la responsabilité de la femme pourrait se trouver engagée, si le mari pouvait être envisagé comme son préposé ; mais, qu'en fait et en droit, c'est la considération inverse qui devrait être admise ; en effet, si l'on recherche le sens légal du mot « préposé » il est certain qu'il faut entendre par là, la personne librement et volontairement choisie par le commettant, celui-ci pouvant dès lors donner à son mandataire des ordres et des instructions, pour les fonctions dévolues ; mais que ce ne saurait être le cas dans les relations de la femme, vis-à-vis du mari, lequel est le mandataire légal de sa femme, c'est-à-dire imposé par la loi ; que le mari est le chef, l'administrateur ou gérant de l'association conjugale, non seulement quant aux personnes, mais encore quant aux biens, dont il a la libre disposition ; qu'au contraire la femme est en la puissance du mari ; que loin de pouvoir commander à celle-ci, elle doit lui obéir... » (Agen, 22 juin 1911, D. P. 1912, 2, 228).

(3) Note anonyme précitée.

préposé de sa femme. De quelque manière qu'on comprenne la notion de préposé, elle ne permet pas cette assimilation. Elle suppose, en effet, une subordination, soit matérielle et juridique, soit économique et sociale du préposé au commettant. Or la nature des rapports entre époux s'oppose à ce qu'un mari puisse être considéré comme subordonné de sa femme » (1).

Cette doctrine s'inspire, comme on le voit, non seulement de la conception traditionnelle des rapports matrimoniaux du mari et de la femme, mais d'une conception assez particulière des rapports de commettant à préposé (2).

En ce qui concerne cette dernière, nous ne voyons pas la raison pour laquelle l'autorité maritale, touchant aux rapports d'ordre matrimonial des époux, empêcherait la femme d'être déclarée civilement responsable des fautes, que son mari a pu commettre dans l'exercice des fonctions à lui confiées.

Si l'on se rattache, avec la doctrine néo-classique, au critérium de l'autorité, cette solution sera écartée. Car il est clair que le mari qui exploite le domaine rural de sa femme (comme dans l'espèce tranchée par l'arrêt de la Cour d'Agen) où le mari qui conduit l'automobile de sa femme (comme dans l'espèce tranchée par la Cour de Douai) n'est nullement le subordonné de cette dernière. Mais si, avec la jurisprudence moderne, on se rallie à l'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui, l'on accordera facilement à la femme la qualité de commettante de son mari — car justement le dommage a été causé par le mari dans l'exer-

(1) Note Savatier précitée, D. P. 1931, 1, 49, p. 50, col. 1.

(2) Pour les auteurs qui refusent à la femme la qualité de commettante de son mari, voir : Planiol Rippert VI, n° 646, éd. 1930, p. 873, Sourdat II, n° 851.

cice d'une *fonction* que la femme lui avait, expressément ou tacitement, confiée (*fonction d'administrateur* de tous ses biens propres, tacitement confiée à son mari par la femme, lors de la conclusion de leur contrat de mariage (1) — *fonction de chauffeur* d'automobile, tacitement confiée par la femme à son mari, lors de l'utilisation de la voiture par ce dernier).

Les auteurs qui, à l'exemple de M. Savatier, refusent de voir dans le mari, conduisant la voiture de sa femme, le préposé de cette dernière, se heurtent d'ailleurs aux pires difficultés lorsqu'ils veulent concilier la solution de la jurisprudence qui déclare la femme mariée responsable à titre de gardienne juridique de la chose qui a causé l'accident (2) avec l'affirmation de la même jurisprudence suivant laquelle le mari, conducteur (et par conséquent « gardien matériel ») de la voiture, n'est cependant pas un tiers vis-à-vis de sa femme (3). De deux choses l'une, en effet :

(1) C'est ainsi semble-t-il qu'il faut comprendre l'affirmation de M. Demogue selon laquelle : « une femme peut être considérée comme préposée par son mari... Elle peut être considérée comme *choisie* par le mariage. Le mari en sera donc responsable pour tout ce qui concerne ses fonctions : imprudence en s'occupant des soins du ménage ou d'un commerce du mari. Mais il n'en répondra pas pour ses autres délits ». (Demogue Obligations t. V. n° 889, p. 81 et arrêts cités par cet auteur *op. et loc. cit.* (note 4).

(2) V. Req. 16 décembre 1929, D. P. 1931, 1, 49 précité.

(3) « Cette conciliation — reconnaît M. Savatier — ne va pas sans graves obstacles. Qu'est-ce en effet que le tiers dont la faute constatée exonère le gardien de la chose de toute responsabilité ? Ne doit-on pas dire que ce tiers est toute personne dont le gardien n'a pas légalement à répondre, soit comme préposé, soit comme élève ou enfant mineur ? Mais comment soutenir alors que le mari, qui ne présente aucune de ces dernières qualités relativement à la femme propriétaire et gardienne de l'automobile, n'est pas un tiers par rapport à celle-ci ? Savatier, note précitée D. P. 1931, 1, 49, p. 51, col. 1 et 2.

ou bien le mari est un tiers par rapport à sa femme, ou bien il est un préposé : *tertium non datur*. Si donc l'arrêt de la Chambre des Requêtes déclare qu'il n'est pas un tiers, la seule conclusion rigoureusement logique — encore qu'implicite — qui s'impose d'elle-même est que le mari conduisant l'automobile est bel et bien le préposé de sa femme, propriétaire de la voiture.

Cependant, si telle est la solution qui se dégage des arrêts de la jurisprudence, ceux-ci n'ont pas osé consacrer ce résultat, d'une manière explicite. Et, (comme nous le disons déjà plus haut) les arrêts, tout en déclarant la femme civilement responsable des suites de l'accident, ont préféré recourir, ici, à l'idée, plus conciliante et plus commode, de garde.

Cette dernière venait ainsi à temps, pour remplacer, en quelque sorte, l'idée de préposition déclarée, à tort ou à raison, défaillante par les juges ; son rôle, par rapport à celui de l'idée de préposition, prenait, en l'occurrence un caractère plutôt subsidiaire.



Mais il est une autre hypothèse où c'est, au contraire, l'idée de préposition qui vient prendre la place de l'idée de garde et prêter aux solutions de la jurisprudence l'appui dont elles avaient besoin. Ce domaine n'est autre que celui des « rapports de complaisance ». On sait comment, en matière de transport bénévole, les arrêts ont interdit à la personne gratuitement transportée de recourir contre le conducteur et le propriétaire de la voiture à l'article 1384 § 1^{er} du Code Civil et à l'idée de garde, en ne lui laissant d'autre moyen, pour obtenir l'indemnisation du préjudice dont elle avait injustement souffert, que de rapporter, aux

termes du droit commun des articles 1382 et 1383 du Code Civil, la preuve de la *faute* personnellement commise par le conducteur de la voiture (1). Car — disait-on — il est inadmissible d'accorder à la personne gratuitement transportée — qui a, en quelque sorte accepté d'avance les risques de l'opération — les mêmes facilités de preuve qu'au passant, victime d'un accident qu'il n'a pas été en son pouvoir, ni d'empêcher ni même de prévoir.

« Attendu (disait l'arrêt bien connu de la Chambre Civile du 27 mars 1928) ... que la présomption instituée par

(1) Jurisprudence constante depuis l'arrêt de la Chambre Civile du 27 mars 1928, D. P. 1928, I, 15 et note Georges Ripert. (Vve Gasse c. Saby).

La question de l'application de l'art. 1.384 § 1^{er} au transport bénévole était avant 1928 extrêmement controversée (voir J. Ricol note sous Grenoble, 15 nov. 1921 (etc... 7 arrêts) D. P. 1926, 2, 121 : « Nous en sommes, (disait cet auteur), à la période où la jurisprudence se cherche encore »).

Pour l'application au transport bénévole de l'art 1.384 § 1^{er} du C. Civ. : Chambéry, 26 oct. 1926, D. H. 1927, 26 ; Aix, 11 mai 1927, D. H. 1927, 294 ; Orléans, 23 février 1927, D. H. 1927, 295 ; Besançon, 11 avril 1927, D. H. 1927, 438 (cités Ripert, note D. P. 1928, 1, 145, p. 145, col. 11).

Pour l'application au contraire, de l'art. 1382 du C. Civ. : Trib. Civ. de Compiègne, 10 mars 1920, Gaz. Pal. 1920, 1, 507 ; Paris, 9 mai 1925, Lyon, 23 mai 1925, Douai, 30 nov. 1925, D. P. 1926, 2, 121 et note Ricol ; Trib. Civil de Thiers, 15 janv. 1925 D. H. 1925, 254 ; Paris, 18 juil. 1925 Rec. des Ass. 1925, p. 241 (cités Ricol, *op. et loc. cit.*).

Pour la critique de cette dernière manière de voir : Josserand : Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobiles, D. H. 1926, Chr., p. 21. Cependant, c'est dans ce dernier sens que devait se fixer, définitivement, la jurisprudence (voir Ripert, note précitée, p. 146, col. 1). Arrêts conformes à la nouvelle décision de la Ch. Civ. du 27 mars 1928 : Req. 9 juin 1928, D. P. 1928, 1, 153 et note Savatier ; Civ. 11 juin 1928, D. H. 1928, 414, etc...

l'article 1384, alinéa 1^{er}, Code Civil, à l'encontre du gardien d'une chose inanimée, ... a été établie pour protéger... les victimes du dommage causé par une chose à l'usage de laquelle elles n'ont point participé ; que cette présomption ne peut donc être invoquée contre le gardien d'une voiture automobile par ceux qui ont pris place dans cette voiture... ; que... ceux qui ont accepté ou sollicité de participer à titre gracieux à l'usage de la voiture, en pleine connaissance des dangers auxquels ils s'exposaient eux-mêmes, ... ne peuvent obtenir des dommages-intérêts du gardien de l'automobile que s'ils établissent à sa charge ou à celle de son préposé une faute..., etc... »

Or, la solution à laquelle la Chambre Civile s'est arrêtée — et qui devait, par les idées qu'elle émettait de « participation à l'usage... » et « d'acceptation des dangers... » ou des risques, soulever des controverses bien délicates, quant à la nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité découlant, en cas d'accident, du transport bénévole (1), — n'était que bien discutable, et ses raisons d'être n'apparaissaient qu'assez mystérieuses. Dans son désir de protéger le propriétaire de l'automobile, la jurisprudence arrivait à consacrer, à l'égard de la victime du transport bénévole, une solution inique.

(1) Pour la nature *contractuelle* de la responsabilité du propriétaire en cas de transport bénévole : Savatier, note sous Req. 9 juin 1928, D. P. 1928, 1, 153, col. 2 (idée d'acceptation des risques).

Pour la nature *délictuelle* de ladite responsabilité (et contre l'idée d'acceptation des risques : Josserand, note sous Req. 29 mars 1927, D. P. 1927, 1, 137, p. 138, col. 2 *in fine*. Pour l'idée de « participation à l'usage de la chose » Ripert note sous Civ. 27 mars 1928, D. P. 1928, 1, 145.

Aussi, la réaction ne se fit-elle pas longtemps attendre : et au moment où il fut interdit aux juges de déclarer en cas de transport bénévole, la responsabilité du propriétaire de la voiture engagée sur le fondement de l'idée de garde, ils recoururent à l'idée voisine, capable de rendre les mêmes services : à l'idée de préposition et à l'article 1384 § 5 du Code Civil.

L'on dira que les conditions d'application du § 1^{er} et du § 5 de l'article 1384 du Code Civil ne sont pas les mêmes et que l'article 1384 § 5 exige, avant tout, qu'une faute soit commise par le préposé dans l'exercice de ses fonctions. Mais des arrêts récents comprennent d'une manière extrêmement large cette notion de faute puisqu'ils englobent sous son couvert des faits qui sembleraient bien — et à juste titre — rentrer plutôt dans la catégories des « cas fortuits » que dans celle des « fautes » personnellement imputables au chauffeur (1).

Aussi, de nos jours, la victime d'un transport bénévole (sous la seule condition — qui lui est, comme nous venons de le voir, bien facile à remplir, — de rapporter la preuve de la faute du conducteur de la voiture) pourra toujours

(1) Pour l'éclatement d'un pneumatique. Caen, 26 nov. 1924, Paris, 9 mai 1925, Lyon, 10 juin 1925, D. P. 1926, 2, 121 et note Ricol ; Pour le déboîtement de la pièce de direction. Grenoble, 15 nov. 1921, D. P. 1926, 2, 121 ; Pour le dérapage sur une chaussée humide, Paris, 14 mars 1930, D. P. 1930, 2, 115 et note André Besson, et sur pourvoi Req. 18 avril 1932, D. H. 1932, 284 précité ; Pour la rupture d'un ressort, Req. 10 juil. 1925, D. P. 1927, 1, 121 et note Léon Mazeaud ; Pour le coincement d'une roue de side-car entre le rail et le contre-rail, Req. 29 mars 1927, D. P. 1927, 1, 137 et note Josserand ; Pour le capotage de la voiture, Chambéry, 26 oct. 1926, D. H. 1927, 26 ; Pour le dérapage sur une route couverte de neige, Trib. Civ. Ruffec, 7 juillet 1926, D. H. 1926, 527 (ces deux derniers cités par M. Josserand).

se faire indemniser par le propriétaire de la voiture du dommage qu'elle a souffert du fait de l'accident, en invoquant contre ce dernier non pas l'article 1384 § 1^{er} (puisque l'idée de garde lui est interdite) mais l'article 1384 § 5 et l'idée de « préposition ».

Nous voyons là l'idée de préposition se porter au secours de l'idée de garde, et se substituer complètement et avantageusement à cette dernière.

L'intervention de l'idée de préposition est d'autant plus remarquable, en cette matière, que les hésitations de la jurisprudence sur la solution à donner, en matière de transport bénévole (1), avaient semblé marquer comme un recul de la théorie du risque créé et comme une recrudescence corrélatrice de la théorie de la faute. Mais, avec l'utilisation de l'article 1384 § 5, l'importance pratique de l'arrêt de la Chambre Civile du 27 mars 1928 (précité) (rejetant résolument l'application de l'article 1384 § 1^{er} au cas de transport bénévole), s'efface complètement. Car du moment que le but est atteint qu'importe les moyens dont on s'est servi ? L'intervention en matière de transport bénévole de l'article 1384 § 5 acquiert toute la signification d'un véritable revirement de jurisprudence.

*
* *

En matière d'accidents d'automobile, en somme, au cas où la conduite a été confiée à autrui, l'idée de préposition et l'idée de garde ne sont, aux mains des juges que deux instruments techniques interchangeables. Et l'analogie de leur rôle s'explique fort bien, puisque les mêmes nécessités

(1) V. Savatier, note précitée, D. P. 1928, 1, 153

sociales les imposent, l'un et l'autre. La jurisprudence, dans de pareils cas, témoigne pourtant d'une préférence marquée à l'égard de l'idée de préposition (1) : peut-être parce que cette idée lui est plus familière que celle de garde ; ou bien parce que l'on peut toujours découvrir « le fait de l'homme » sous « le fait de la chose », peut-être pour d'autres raisons encore ; mais, quoi qu'il en soit, le fait est là ; il est indiscutable.

Cette préférence de l'idée de préposition, — certains auteurs classiques (de même que certains auteurs sociaux) ne manquent pas de la regretter. Car, disent-ils, la jurisprudence a tort d'employer l'idée de préposition là où la seule idée de garde aurait suffi (2). Cette dernière, d'ailleurs, ne présente-t-elle pas un avantage évident sur la première, puisque, — ajoutent-ils, — si la victime choisit la voie de l'article 1384 § 1^{er}, elle n'aura pas, d'une part, à prouver la faute du conducteur de la voiture ; et, d'autre part, ce dernier ne sera pas exposé au recours du gardien juridique de la chose ?

« Bien que le résultat apparaisse le même que sur le

(1) V. Besson, note sous Dijon, 20 juil. 1927, D. P. 1928, 2, 13, p. 15, col. 2 : « La jurisprudence ne fait pas souvent appel à la notion de garde dans des hypothèses de ce genre... »

(2) Ce détour (dit M. Besson, note précitée) nous semble *inutile et compliqué*. Et de même M. Savatier (note au D. P. 1931, 1, 49, p. 49, col. 2 : Pour rendre responsable le propriétaire de l'automobile, *il aurait suffi*, dans tous ces cas, de constater simplement qu'il en était resté gardien, sans qualifier de préposé le conducteur de la voiture. C'est pourtant ce que n'ont pas parfaitement vu les Tribunaux car il semble bien que ce soit pour arriver à rendre responsable le propriétaire de l'automobile qu'ils aient élargi ici la notion de préposé, jusqu'alors sensiblement plus étroite. »

Savatier note au D. P. 1931, 1, 49, p. 49, col. 2.

terrain de l'article 1384 § 5 (puisque c'est toujours la même personne que l'on déclare responsable), l'application de la notion de garde (dira M. Besson, note précitée) présente un *intérêt évident*. D'abord, la victime n'aura pas à prouver *la faute* du conducteur : il lui suffira, pour bénéficier de la présomption de l'article 1384 § 1^{er} d'établir que, l'automobile a causé le dommage. Le gardien n'aura pas de *recours* contre le conducteur parce qu'il est responsable personnellement. Enfin, il se peut que le conducteur ne soit pas le préposé du propriétaire de la voiture, et, en ce cas, il est impossible d'invoquer l'article 1384 § 5 » (1).

De ces trois prétendus avantages de l'idée de garde sur l'idée de préposition, aucun ne nous semble à l'abri des critiques :

1° D'abord, en ce qui concerne l'obligation pour la victime de rapporter la preuve de la faute du conducteur, nous avons déjà vu plus haut (p. 89, note 1) que cette preuve est admise avec une telle facilité par les tribunaux, que ce prétendu avantage de l'idée de garde s'efface à l'analyse... ;

2° En ce qui concerne, en second lieu, le droit de recours que le commettant aurait contre son préposé, et dont le gardien (juridique) serait, au contraire, dépourvu vis-à-vis du gardien matériel de la chose, nous verrons plus loin ce qu'il faut en penser. La conclusion à laquelle nous arriverons sur ce point sera identique et pour le gardien juridique de la chose et pour le commettant. De sorte qu'ici encore, ce prétendu avantage de l'idée de garde sur l'idée de préposition se révélera inexistant ;

3° Enfin, quant à la prétention de faire jouer en matière d'accidents d'automobile, au cas où la conduite a été con-

(1) Besson, note précitée au D. P. 1928, 2, 13, p. 16, col. 1.

fiée à un parent ou à un ami, l'art. 1384, § 1^{er}, de manière exclusive, — nous savons qu'elle a été formellement repoussée par la jurisprudence, qui fait, en cette matière, et depuis bien des années déjà, une application constante de cet article et de l'idée de préposition.

L'extension, relativement récente, de la notion de préposé aux rapports de complaisance, bien que taxée « d'abusive » (1) ou « d'anomalie » (2) « contestable et inutile » (3) par certains auteurs, n'en constitue pas moins, aux yeux de la jurisprudence, comme un terrain, en quelque sorte, définitivement acquis.

En résumé, l'idée de préposition et l'idée de garde ont chacune un domaine propre d'application (responsabilité du fait d'autrui, responsabilité du fait des choses). Sur le terrain des accidents d'automobile cependant — au cas où le propriétaire a confié la conduite de sa voiture à autrui (chauffeur, parent ou ami) les différences qui subsistaient entre ces deux idées (quant à leur condition d'application, quant à leurs effets juridiques et quant à leurs avantages respectifs) s'effacent, et elles arrivent pratiquement à se superposer, à se confondre l'une l'autre. Elles n'apparaissent plus en d'autres termes que comme deux moyens d'égale valeur, deux instruments techniques interchangeables... ce qui présente pour la victime un grand intérêt toutes les fois que, pour une raison ou pour une autre, il lui sera interdit de recourir à l'une d'entre elles.

*
* *

(1) Pour cette qualification voir Besson, note au D. P. 1928, 2, 13, p. 16, col. 1.

(2) Pour cette qualification v. René Dallant, note au D. P. 1931, 1, 171, p. 175, col. 2.

(3) V. André Besson, Chr. au D. H. 1930, p. 33.

Nous avons, intentionnellement, laissé de côté un autre prétendu avantage de l'idée de garde sur l'idée de préposition. En effet, ce point soulève une question particulièrement délicate. Il s'agit de savoir, au cas où une automobile a été volée, si le propriétaire de la voiture, demeure encore (en tant que gardien juridique) responsable des fautes que le voleur a pu causer dans la conduite de ladite voiture.

Un point est d'abord indiscutable. C'est que le voleur ne saurait être — à aucun point de vue — considéré comme le préposé du propriétaire. Mais si la responsabilité de ce dernier ne peut être engagée à titre de commettant, ne peut-elle l'être à titre de gardien ? Et ne faut-il pas voir, dans ce cas au moins, un avantage certain (1) de l'idée de garde sur l'idée de préposition ? (2)

« L'intérêt de la distinction de l'art. 1.384, § 5 et de celle de l'art. 1.384 § 1^{er} (dit M. Jean Loup) réside surtout dans ceci : la notion de garde juridique est *plus large* que celle du lien qui relie le commettant au préposé ;... prenons par exemple l'hypothèse du vol... : une voiture est volée, et, conduite par le voleur, cause un accident : il sera impossible de soutenir que le voleur est le préposé du propriétaire, tandis que le propriétaire peut être considéré comme ayant conservé la garde (3).

Il est assez piquant de relever chez M. Jean Loup un tel passage, alors que non seulement cette conception n'est pas

(1) V. Jean Loup, note sous Toulouse, 6 mars 1930, D. P. 1930, 2, 97, p. 100, col. 1.

(2) Pour la responsabilité du propriétaire de l'automobile volée : Mazeaud, 1, p. 809 ; Jean Loup, note précitée.

Contra : Ripert, note sous Civ., 21 févr. 1927, D. P. 1927, 1, 97, p. 99, col. 2. Savatier, note D. P. 1931, 1, 49, p. 50, col. 2, n° 7.

(3) V. *Supra* note 1.

partagée par tous les auteurs (1) mais qu'elle est résolument rejetée par la jurisprudence. Ainsi, un arrêt de la Cour de Paris du 5 décembre 1925 refuse de considérer le propriétaire d'une automobile volée comme étant demeuré aux termes de l'art. 1384, § 1^{er} du C. Civ., son gardien juridique (2). En l'espèce un individu, profitant de l'inattention des chauffeurs, s'était emparé d'une voiture de place et en cours de route avait causé un accident. La Cour de Paris (par confirmation de la décision des premiers juges) déclara la Compagnie irresponsable de l'accident. « Considérant (dit-elle) que le fait que l'accident a eu uniquement pour cause l'imprudence de celui qui conduisait la voiture volée, doit nécessairement faire écarter la présomption de responsabilité de celui qui avait la voiture sous sa garde... que L... préposé de la Compagnie... ne peut à raison d'une négligence, comme gardien de la voiture être rendu civilement responsable aux termes des art. 1382 et 1384 du C. Civ. des conséquences d'un accident occasionné uniquement par la faute d'un tiers ».

De même un arrêt de la Cour de Nîmes du 19 mars 1928 (3).

En l'espèce, une voiture automobile abandonnée par son propriétaire sur la voie publique, devant sa maison, et volée, par la suite, par des individus demeurés inconnus, est venue enfoncer la devanture d'un bar tenu par un certain Pierre Jourdan. Sur la demande en dommages-intérêts formée par ce dernier contre le propriétaire de la voiture et fondée tant

(1) V. Ripert, V. Savatier, cités à la note 2, p. précédente.

(2) Trib. Civ. de la Seine, 2 juin 1922, Paris, 5 déc. 1925, conf. D. P. 1929, 2, 95, et note René Dallant.

(3) Nîmes, 19 mars 1928, D. P. 1928, 375, conf. un jugement de simple police du 30 oct. 1926.

sur l'art. 1382 que sur l'art. 1384 § 1^{er} du C. Civ., le Tribunal Civil et la Cour déclarèrent le propriétaire de l'automobile irresponsable des suites de l'accident.

« Attendu (dit la Cour de Nîmes) que la responsabilité du fait des choses a pour fondement l'obligation du gardien de prendre les mesures de nature à empêcher qu'elles nuisent à autrui et... la présomption, quand le dommage s'est réalisé, que des mesures n'ont pas été prises. Attendu que cette obligation, et la présomption qu'il a été manqué, ne subsistent plus lorsque, par suite du vol de la chose, le gardien a été mis dans l'impossibilité d'exercer sur elle la surveillance et de lui donner les soins qu'elle comporte... » (1)

Il n'y a donc aucune différence à ce point de vue entre l'idée de préposition et l'idée de garde. Et de même que l'on ne peut parler de rapports de commettant à préposé entre le propriétaire de la voiture et le voleur (puisque'il n'y a aucunement de la part de ce dernier exercice d'une fonction pour le compte d'autrui), de même on ne peut prétendre qu'il y ait entre eux des rapports découlant de l'idée de garde ; car, en définitive, la garde juridique implique une

(1) V. cependant *Contra* : Trib. Civ. de la Seine, 25 mars 1925, Gaz. Pal. 1925 (2^e sem.), 81 (Lavoye c. Croix-rouge américaine) qui déclare que le vol d'une camionnette automobile ne constitue ni un cas fortuit, ni une force majeure, susceptibles d'écarter l'application de l'art. 1384 § 1^{er} du C. Civ.

Pour la critique de ce jugement, d'ailleurs isolé, v. la note anonyme en marge Gaz. Pal. 1925 (2^e sem.) 82.

« Cette solution n'est pas admissible. Le vol impliquant la soustraction frauduleuse a pour conséquence de faire perdre au propriétaire contre sa volonté, la garde de la chose ; à partir de ce moment-là, il ne peut donc plus en être réputé le gardien, et partant l'art. 1384, al. 1^{er} ne peut recevoir aucune application. Le système contraire pourrait avoir les conséquences les plus choquantes, en saine raison, puisque cette responsabilité serait indéfinie dans le temps et devrait s'appliquer au vol de tous les objets mobiliers dont l'usage est dangereux ».

garde matérielle *confiée* par le propriétaire de la voiture au conducteur ou, en tout cas, *assumée* par ce dernier, *dans l'intérêt* du premier.

(Il nous paraît donc quelque peu paradoxal de soutenir, avec certains auteurs, que : « le propriétaire... conserve le droit de direction bien qu'il ne soit plus en mesure de l'exercer ; et c'est justement parce qu'il n'est plus en mesure de l'exercer qu'il commet la faute dans la garde (1) ».

Il nous paraît au contraire plus raisonnable de considérer, avec d'autres auteurs et avec la jurisprudence, l'hypothèse du vol comme un cas typique de « cause étrangère » dont la preuve, une fois rapportée, détruit la présomption de responsabilité qui pèse sur le gardien juridique de la chose (2).

*
**

Fermons ici notre parenthèse (déjà trop longue) relative aux rapports de l'idée de préposition et de l'idée de garde et revenons à la période moderne de l'évolution jurisprudentielle. Nous avons vu comment se dégagent, à cette époque, les deux conditions essentielles de la responsabilité des maîtres et commettants. Mais les arrêts récents, non contents de faire ressortir ces conditions, rejet-

(1) Mazeaud : La faute dans la garde, *Rev. trim.*, 1925, 793, p. 854.

(2) V. Jean Loup, note précitée, D. P. 1930, 2, 97, p. 100, col. 2. Le vol est cependant considéré par cet auteur comme une « cause étrangère » au cas seulement où nulle faute personnelle ne peut être établie à la charge du propriétaire. Exemple imaginé par M. Jean Loup : automobile... « volée par effraction dans un garage soigneusement fermé ».

lent, parfois, formellement, les critères précédemment admis.

Il en est d'abord qui rejettent le critérium de la dépendance économique. A cet égard, citons en première ligne l'arrêt, si intéressant à plusieurs points de vue, de la Cour d'Appel de Paris du 14 mars 1930. (D. P. 1930, 2, 115 et note André Besson), confirmé sur pourvoi par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 18 avril 1932, D. H. 1932, 284. (Phénix Accidents c. Consorts Vitrac et Michel Bondonneau fils) dont les auteurs classiques essaient, — mais en vain, à notre avis, — de diminuer l'importance.

En l'espèce, Marc Bondonneau père, propriétaire de l'automobile avait chargé son fils Michel de conduire quelques amis à Fontainebleau ; au retour, en pleine nuit, un accident eut lieu, dû à la vitesse excessive de la voiture, et à l'état d'humidité de la route ; les invités furent gravement blessés et sur la demande en dommages-intérêts qu'ils formèrent contre Bondonneau père et fils (et contre la Société d'Ass. le Phénix, appelée en garantie par ces derniers) les juges du fond déclarèrent Bondonneau père (et par voie de conséquence la Société d'Assurance) civilement responsables de la faute commise par Bondonneau fils, auteur de l'accident.

Après avoir rappelé que la victime d'un accident d'automobile ne peut, au cas où elle a pris place dans la voiture, fonder son action en dommages-intérêts contre le propriétaire de la voiture sur l'art. 1384, § 1^{er} du Code Civil et sur l'idée de sa garde, mais qu'elle doit rapporter la preuve de

(1) Note anonyme sous l'arrêt ci-dessus.

(2) Voir notre chapitre additionnel sur l'idée de préposition et l'idée de garde, p. 198, du présent ouvrage.

la « faute » du conducteur dans les termes du droit commun (art. 1382 et 1383 du Code Civil) (1) et après avoir facilement admis, que l'excès de vitesse et le dérapage de la voiture constituait une faute à la charge du conducteur, (évoquant, une fois encore par esprit de tradition, la formule néo-classique du droit de donner des ordres et des instructions mais rejetant, en revanche, le critérium de la dépendance économique et sociale), la Cour d'Appel de Paris fait en somme à l'espèce l'application de l'idée que nous avons dégagée de fonction exercée pour le compte d'autrui :

« Considérant (dit l'arrêt de la Cour) que la responsabilité civile des commettants... ne dérive pas nécessairement du choix qu'il a fait de son préposé ; qu'elle procède surtout d'un rapport de subordination (1) consistant dans le droit du commettant de faire acte d'autorité, en donnant lui-même à celui-ci des ordres ou des instructions sur la manière de remplir à titre temporaire ou permanent, avec ou sans rémunération, même en l'absence de tout louage de services, l'emploi qui lui est confiée, pour un temps et un objet déterminés, *quelle que soit d'ailleurs la condition sociale des parties* (2)... — considérant qu'un père (continue l'arrêt) qui au-

(1) On sait que depuis l'arrêt du 27 mars 1928, D. P. 1928, 1, 15, note Ripert suivi par Req. 9 juin 1928, D. P. 1928, 1, 153, note Savatier ; Civ. 11 juin 1928, D. P. 1928, 414, etc..., la jurisprudence est constante sur ce point.

(2) Et cette formule est reprise *ad litteram* par l'arrêt de la Cour de Paris, du 25 juillet 1931, inf. D. H. 1931, 528 (Segal c. Pernot, Rivet et Cie d'Ass. l'Urbaine et La Seine. Dans le même sens Dijon (Ch. corr.) 24 juin 1931, inf. le jug. du Trib. de Chalon-sur-Saône, 12 déc. 1930, D. H. 1931, 536 (Rime). De même Civ. 6 juillet 1931, D. P. 1931, 1, 121 et note Paul Pié : « Attendu (dit la Ch. Civile) que la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou

torise son fils majeur à se servir de son automobile et *confie* à celui-ci, qui accepte de se placer momentanément sous son autorité, *la mission* de conduire des amis dans un lieu et suivant un itinéraire fixés, *lui attribue ainsi la qualité juridique de préposé* au sens du texte sus-visé, etc... Condamne... » (1).

La condition sociale des parties ne joue donc aucun rôle (2) ; ce qui intéresse, c'est l'exercice d'une fonction pour le compte d'autrui, et cette condition est suffisante, nous le répétons, pour qualifier de préposé la personne qui agit.

De même, d'autres décisions, tout en faisant ressortir la condition de la fonction exercée pour le compte d'autrui, rejettent, comme inutile ou insuffisant, le critérium classique du libre choix ou de l'autorité.

Ainsi, le jugement très net du Tribunal Civil de Bordeaux, du 11 novembre 1918 (Gaz. Pal. 1918-19, 1, 523 (second Jugement) l'Etat c. a Société des Nouveaux Docks Sursol) qui reconnaît qu'une société aurait été déclarée civilement responsable des fautes de ses préposés en raison de la fonction à eux confiée, si elle n'avait pas pris la précaution d'insérer au contrat, une clause de non-responsabilité, qui en l'espèce a été reconnue valable.

En fait, pendant la guerre, exactement le 12 avril 1915, le Service du ravitaillement a passé avec le Directeur des

la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties » (D. P. 1931, 1, 121).

V. de même Civ., 8 février 1926, D. P. 1926, 1, 192. Trib. de comm. de Toulouse, 24 oct. 1928, Gaz. Pal. 1928, 2, 832.

(1) De même pour le fils, préposé du père, qui l'emploie dans sa culture ou son industrie, v. Trib. Boulogne, 20 oct. 1922. Gaz. Pal. 1922, 2, 684 (Cité par Demogue, V, n° 889, note 2).

Nouveaux Docks Sursol un marché, aux termes duquel ce dernier s'engageait, entre autres, à emmagasiner des blés et farines, etc... dans l'intérêt dudit service ; mais, en ce qui concerne les risques de l'opération, il avait été formellement prévu que « Sursol était dégagé de toute responsabilité, et que l'Etat demeurerait son propre assureur... » Or, à la suite d'un incendie provoqué par un ouvrier au service de Sursol, le service du Ravitaillement ayant assigné la Société des Nouveaux Docks en dommages-intérêts, le Tribunal a reconnu que, n'eut été la clause d'irresponsabilité (qu'il déclare valable), la condamnation de ladite société aurait été certaine. Dans ces attendus, le jugement rejette formellement le critérium classique et souligne le fondement en même temps que les conditions de la responsabilité de l'art. 1.384, § 5 du Code civil :

« Attendu (dit-il) que, si les maîtres et commettants répondent des fautes de leurs domestiques ou préposés dans l'exercice de leur fonction, c'est, d'après les commentateurs et les arrêts, parce qu'ils ont eu le tort de les *mal choisir* ou de ne les avoir *pas suffisamment surveillés*, *raison* d'ailleurs *assez pauvre*, puisque la responsabilité ne cesse pas, si le commettant a porté son choix sur un préposé irréprochable ou s'il a été impossible d'exercer sa surveillance, au moment où l'acte nocif a été commis ; qu'il serait peut-être plus vrai de dire que le commettant et le maître qui se substituent un tiers pour une *fonction* qu'ils ne peuvent remplir, sont exposés à un *risque*... »

Le jugement ci-dessus ne fait, en somme, qu'émettre un doute sur la valeur du critérium classique (1). Un jugement

(1) Pour le rejet du critérium du mauvais choix, v. aussi Dijon, 24 juin 1931, D. H. 1931, 530, précité.

du Tribunal de Saintes du 19 juillet 1930 (S. 1931, 2, 28) (Epoux Richard c. de Rochefort, de Rœnig et Comp. l'Union) est beaucoup plus catégorique : il le rejette résolument.

En l'espèce, de Rœnig avait, non pas prêté sa voiture automobile Talbot à de Rochefort, mais la lui avait confiée, pour que ce dernier la conduise dans le Médoc, où il devait se rendre lui-même, et cette seule circonstance a été déclarée suffisante par le Tribunal pour engager la responsabilité civile du premier : « Attendu (dit le Tribunal) que de Rochefort a reçu de de Rœnig, la mission de conduire la voiture automobile... en Gironde, suivant les instructions et indications données par son propriétaire pour un emploi déterminé, quant au temps et quant au lieu et que de Rochefort, en la circonstance, doit être considéré comme étant le préposé de Rœnig au moment de l'accident...

« Attendu qu'il n'est pas nécessaire qu'il existe entre le commettant et le préposé des liens d'autorité et d'obéissance qui fassent du préposé un véritable subordonné, soumis aux ordres du commettant (1) ; que *le fait d'avoir confié la voiture*, qui a causé l'accident, à une personne amie, pour un voyage et un temps déterminés, constitue un lien suffisant de dépendance, constitutif du contrat de mandat. Attendu que, *même si le propriétaire de l'automobile n'est pas présent dans le véhicule au moment de l'accident, le conducteur auquel il l'a confiée*, qui est d'ailleurs muni d'un permis de conduire et qui en a la garde matérielle, reste néanmoins le préposé de celui qui en a conservé la garde juridique. »

(1) Dans ce sens : Savatier, note au D. P. 1928, 1, 17, précité.

Il serait difficile, pensons nous, d'exiger d'un arrêt une formule plus précise et plus nette.

*
* *

Quelle est maintenant à cet égard, l'attitude des auteurs les plus récents ? M. Flour, dans sa thèse de Caen 1933, se rallie, certes, au critérium néo-classique du droit de donner des ordres et des instructions. Mais il est des situations, où il est obligé de se rapprocher d'une conception voisine, sinon identique, de la nôtre. Ainsi, en premier lieu, pour le cas du *moniteur* qui donne au propriétaire de l'automobile des leçons de conduite ; ainsi en second lieu pour les « *préposés chargés de commandement* », qui pourtant ne deviennent pas les commettants de ceux qui sont soumis à leurs ordres. Aussi, sous la section intitulée « le contenu du droit de direction » M. Flour est-il obligé d'apporter certaines corrections au principe de l'autorité qu'il avait d'abord posé. « Toute autorité ne crée pas des rapports de commettants à préposés » dit-il textuellement (p. 118). « Le droit de donner des ordres quelconques n'y suffit pas ; il faut encore que celui qui les reçoit accomplisse une tâche précise, remplisse une mission dans l'intérêt d'autrui ». C'est précisément — comme on le voit — la condition de la fonction exercée pour le compte d'autrui. M. Flour continue (toujours p. 118) : « Plus exactement, la qualité de commettant exige une double condition, l'autorité se décompose en deux prérogatives. Elle suppose le droit de fixer au préposé le *but* qu'il doit atteindre, d'une part, les *moyens* qu'il doit employer, d'autre part, pour atteindre ce but ». — Mais alors, c'est une très grande concession que fait M. Flour à

la thèse que nous soutenons ; car déterminer le but et indiquer au préposé les moyens pour l'atteindre, veut dire, exactement, lui confier une certaine fonction à remplir, et les prétendus rapports d'autorité ou de commandement entre commettants et préposés se résoudraient d'eux-mêmes, en de simples rapports fonctionnels.

Au prix de cette concession, les difficultés auxquelles on se serait heurté, avec le critérium du droit de donner des ordres et des instructions, disparaissent.

Le cas du moniteur est aussi très caractéristique. « Pendant une leçon de conduite d'automobile, le moniteur est incontestablement en droit de donner des ordres techniques à son élève » (dit M. Flour, p. 123). Par conséquent, en vertu de l'idée d'autorité on s'attendrait à ce que le moniteur devienne le commettant de son élève. Mais ici intervient la concession dont nous parlions tout à l'heure : « Mais celui-ci (l'élève) n'a reçu aucune *mission* (continue M. Flour) ; c'est lui au contraire qui a chargé le professionnel de diriger ses débuts, aussi ne saurait-il être considéré comme le préposé de son professeur » (1).

De même les préposés chargés d'un commandement, ne deviennent sûrement pas les commettants de ceux qui agissent sous leurs ordres. Ainsi le chef de gare qui a incontestablement le droit de donner des ordres à tous les employés qu'il dirige. En appliquant purement et simplement le critérium de l'autorité, on devrait décider qu'il est

(1) Pour le cas du *moniteur*, v. Paris, 16 mars 1920, D. P. 1920, 2, 116, et sur pourvoi Crim. rej., D. P. 1921, 1, 30. Rennes, 12 févr. 1925, *Gaz. Pal.* 1925, 1, 490, et Demogue, *Rev. Trim.* 1925, 346. Crim. rej. 25 nov. 1922, S. 1923, 1, 140. Crim. Cass., 9 janv. 1930, D. H. 1930, 118. Mazeaud, 1, n^{os} 1176-1177. Planiol, Ripert, Esmein, VI, 835, note 1. Jossierand, II, 544, *in fine*. Savatier, D. P. 1931, 1, 49, p. 50.

le commettant de ses employés : et, en effet, telle a été la solution à laquelle s'étaient arrêtées les Chambres réunies de la Cour de Cassation, dans un arrêt déjà bien ancien, puisqu'il date du 28 février 1856 (1). Mais comme cette solution est manifestement inique, M. Flour, pour arriver à la solution inverse, qui seule s'impose, a recours à ce qu'il appelle : une « analyse plus serrée de l'idée d'autorité » (2) ; si les préposés chargés d'un commandement ne deviennent pas les commettants de ceux auxquels ils ordonnent, c'est d'après cet auteur parce que : « s'ils sont libres de déterminer les procédés qu'emploient les préposés placés sous leurs ordres, le résultat leur est imposé ».

C'est encore la distinction que nous avons déjà rencontrée plus haut) du *but* et des *moyens*. La seule indication des moyens ne suffirait pas pour faire du préposé chargé de commandement un véritable commettant de ses subordonnés ; encore faut-il la désignation d'un but à remplir... Mais, désigner au préposé un but à remplir, n'est-ce pas, à proprement parler, lui confier l'exercice d'une fonction ? Encore une fois, les auteurs récents qui se rattachent au critérium de l'autorité sont obligés, sur certains points de la matière, à faire des concessions à la théorie que nous soutenons, et à l'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui (3).

(1) Chambres réunies, 28 févr. 1856, D. P. 1856, 1, 161, cassant l'arrêt rendu par la Cour d'Amiens, 6 juil. 1855, statuant sur renvoi de la Chambre Crim., 5 mai 1855, D. P. 1855, 1, 222, qui avait cassé l'arrêt du Trib. Sup. de Beauvais, 13 janv. 1855 (Ministère public contre Fournier) précité.

(2) Flour, thèse précitée, p. 121.

(3) V. de même en ce qui concerne la responsabilité du mari pour les actes de sa femme commis dans la fonction qu'elle exerce pour le compte du premier, le passage de M. Flour : « l'art. 1384 § 5 s'applique lorsqu'il (le mari) l'a chargée d'ac-

Citons enfin une dernière décision (un peu plus ancienne, il est vrai) mais qui — si elle ne présente pas un très grand intérêt en soi, — est quand même remarquable par les commentaires qu'elle a suscités, en doctrine.

C'est un jugement du Tribunal Civil d'Alger du 16 décembre 1871 (S. 1872, 2, 294) (Caisse générale des assurances contre Denizot et Bourdon), qui dégage de toute responsabilité un entrepreneur de fournitures, lors de l'incendie volontairement provoqué par des détenus qu'il employait dans ses ateliers et qui lui avaient été fournis par l'Administration des prisons. La Cour d'Appel d'Alger, se ralliant au critérium classique du mauvais choix et du défaut de surveillance, adopta la même solution que le Tribunal Civil, et à juste titre assurément, car, d'une part les détenus avaient été imposés à l'entrepreneur par l'administration des prisons et d'autre part ils étaient surveillés, dans leur travail, par les sentinelles de ladite administration. La solution du litige ne prêtait donc en soi à aucune difficulté.

Seulement ici, une question pouvait se poser : Ces détenus qui n'étaient certainement pas les préposés de l'entrepreneur n'étaient-ils pas par hasard les préposés de l'Administration des prisons ? A cet égard, nous sommes heureux de pouvoir citer à l'appui de notre thèse l'opinion de notre illustre maître M. Demogue qui, en commentant l'arrêt ci-dessus (1), se prononce en faveur de l'affirmative,

complir une tâche déterminée », p. 125. Cf. Trib. Civ. Seine, 23 sept. 1916, *Gaz. Trib.* 1916, 2, 434, *Rev. Trim.* 1917, 133 motifs et note de M. Demogue), femme exploitant le commerce de son mari mobilisé. De même : René Garnier, thèse, Rennes, 1927, p. 44. Paris, 6 déc. 1917, D. P. 1919, 2, 43, Req., 22 juil. 1991, D. P. 1892, 1, 5, et la note de M. Perreau, S. 1924, 2, 57.

(1) Demogue : Obligations, tome V, n° 904, p. 98.

pour des raisons judicieuses, que l'on ne saurait trop approuver. Les détenus sont bien des préposés de l'Administration, non pas en raison du défaut de surveillance, de cette dernière, mais parce que l'administration « les *affecte* à un *emploi*... (dit M. Demogue) les *désigne* pour un *travail* ». C'est, nous semble-t-il, la consécration de l'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui non pas seulement par les arrêts de la jurisprudence récente, mais encore par les représentants hautement autorisés de la Doctrine contemporaine (1).

A vrai dire, l'expression qui résume la pensée de M. Demogue n'est pas précisément celle de fonction exercée pour le compte d'autrui, mais bien celle « *d'organisme* » (2). A l'occasion de l'étude de la période sociale, nous y avons déjà fait allusion. Maintenant que nous connaissons l'évolution jurisprudentielle dans son ensemble, il nous faut examiner les choses de plus près.

(1) Rapprocher de Laurent, XX, n° 571 : « Celui qui *confie un service* quelconque à une personne est responsable des faits dommageables de cette personne ». De même : Josserand, II, n° 508, éd. 1930, p. 246 : « la préposition est... une situation juridique résultant de toute convention par laquelle une personne en commet une autre à l'exercice d'une *fonction*, d'une entreprise, d'une tâche déterminée ». Et mieux encore (p. 250) : « Le commettant par cela même qu'il *utilise les services*, l'activité d'autrui, crée un risque dont il doit supporter les conséquences ». V. aussi : Danjon, II, n° 570. Mazeaud, I, n° 890, p. 626. Rutsaert, Th., 1930, p. 124. René Garnier, Th., Rennes, 1927, p. 46, note 2, *in fine*. Maurice Zingher, th., Paris, 1922, p. 20.

Pour l'idée de *fonction* mêlée cependant à l'idée d'*autorité*, v. Giorgio Giorgi : Teoria delle obbligazioni, 1909, V, n° 327, p. 518.

(2) « Il faut que le préposé ait eu une véritable *fonction*, qu'il ait été préposé à cette fonction pour augmenter la force de l'*organisme* » (Demogue : Obligations, tome V, n° 913, p. 109). V. de même, pp. 75, 77, 78, 133, 170, etc...

Nous avouons que cette idée d'organisme nous est très précieuse. Elle découle d'abord d'une conception solidariste du droit, à laquelle nous nous rallions. A bien des points de vue, elle présente d'immenses avantages. (1).

Une seule objection pourrait être soulevée (et encore, elle ne serait pas fondée...) c'est que, nous le répétons, la notion d'organisme semble éveiller dans les esprits tout aussi bien l'idée de fonction, qu'une idée toute différente et dont l'intervention serait plutôt fâcheuse : l'idée *d'entreprise*, *d'organisme de production* (2). Or, nous savons que les arrêts récents ont rejeté comme insuffisante cette idée d'entreprise qui avait jadis rallié les suffrages de tant d'éminents auteurs (3). Pourra-t-on faire rentrer dans le cadre de l'idée d'organisme toutes ces nouvelles hypothèses admises par la jurisprudence ? Une mère par exemple, qui confie la conduite de son automobile à son fils majeur forme-t-elle avec ce dernier un véritable « organisme », au sens véritable du mot ?... — Mais l'objection comme nous venons de le dire ne serait pas valable et nous pensons qu'il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer à l'espèce que nous venons d'envisager l'idée d'organisme émise par M. Demogue. Qu'est-ce qu'en effet un organisme (au sens figuré du mot)

(1) C'est ainsi que seule l'idée d'organisme permet de justifier la distinction (si importante en matière de responsabilité) du *cas fortuit* et de la *force majeure*...

(2) Voir en effet pour tout ce que l'idée d'organisme contient d'autorité : Demogue : *Obligations*, tome V, n° 886, p. 79 : « L'idée de subordination a plus de valeur (que l'idée de choix). Il n'y a pas d'organisme sans une *discipline*, une *subordination* ou du moins un engrenement des activités comme cela se rencontre dans une association.

(3) Voir Saleilles : *Les accidents de travail et la responsabilité civile* Paris 1897. Voir Planol : *Note au D. P.* 1892, 2, 465, précitée.

sinon un « ensemble disposé pour fonctionner » ? Or, on ne voit pas pourquoi cet ensemble ne serait pas susceptible de revêtir tout aussi bien les formes les plus compliquées (grandes usines, grands magasins, etc...) comme les plus simples (relations entre maître et domestiques, rapports de complaisance entre membres de la même famille entre voisins, entre amis, etc...) L'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui ne diffère en rien, à cet égard, de l'idée d'organisme, *ainsi comprise*. Tout au plus présente-t-elle sur cette dernière un pur avantage de terminologie.

Quant aux ordres et aux instructions du commettant formellement donnés au préposé (ou virtuellement susceptibles de l'être...) on voit toute la différence qui sépare notre conception de celle des auteurs partisans de l'idée d'autorité. Pour ces derniers ces instructions constituaient la source même de la responsabilité du maître ou du commettant. Tandis que pour nous ces ordres et ces instructions ne sont que des conséquences (il est vrai, normales, mais non essentielles) du *rapport fonctionnel* entre commettants et préposés qui seul demeure *le fait fondamental*.

Ouvrons ici une parenthèse et remarquons, en passant, que les nouvelles lois intervenues en matière d'accident du travail, semblent bien s'inspirer, dans leurs dispositions, de la même idée de fonction exercée pour le compte d'autrui (1). Ainsi :

(1) Il va sans dire que ces deux domaines de responsabilité — celui de l'art. 1383 § 5, d'une part, (Maîtres et commettants) et celui de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, d'autre part, (patrons d'industrie) sont parfaitement différents. Entre eux il y a toute la distance qui sépare la conception dite du « risque créé » de celle du « risque professionnel » (cette dernière n'étant qu'une altération de l'idée de « risque créé » par

la loi du 30 avril 1926 (D. P. 1927, 4, 160), en modifiant la loi du 15 décembre 1922 (D. P. 1923, 4, 305) sur les accidents du travail survenus dans l'agriculture, a réalisé une double réforme : Elle a d'abord étendu le bénéfice de la loi sur les accidents du travail aux collaborateurs occasionnels des petits exploitants, lesquels collaborateurs n'y avaient pas été assujettis par la loi antérieure du 15 déc. 1922. Ensuite (et c'est ce point surtout qui nous intéresse) elle a expressément appliqué la loi sur les accidents du travail aux dits collaborateurs, qu'ils fussent « salariés ou non ». Les travaux préparatoires de la loi du 30 août 1926 prouvent que telle a été bien la volonté expresse du législateur ; (les mots « non salariés » étant « insérés dans le nouveau texte pour faire bénéficier de la loi les personnes qui viennent aider les petits exploitants, en leur donnant des « coups de main ») (Rouast, noté au D. P. 1930. 1. 6).

La matière des relations bénévoles n'est donc nullement limitée — comme on serait tenté de le croire au premier abord — aux accidents de transport automobile. Et le législateur lui-même, vient en matière d'accidents du travail survenus en agriculture confirmer notre thèse : à savoir qu'il suffit, pour l'application de la loi du 9 avril 1898, comme il suffit, à notre sens, pour qu'une personne réponde à titre de commettant des faits et gestes d'une autre per-

des considérations spéciales tenant à la nature du travail industriel et au milieu où ce travail s'effectue ; c'est ainsi que dans l'économie de la loi du 9 avril 1898 la faute de la victime ne constitue pas — comme on le sait — une cause d'exonération et que la réparation n'est jamais que forfaitaire).

Si nous quittons un moment l'art. 1384 § 5 pour jeter un rapide coup d'œil sur les accidents de travail, c'est pour montrer l'importance de l'idée de *fonction* sur un terrain, comme celui du contrat de travail, où semble régner en maîtresse incontestée l'idée de *bénéfices* ou de *profits*.

sonne, que cette dernière exerce une fonction pour le compte de la première ; (qu'elle lui donne — comme disaient les auteurs de la loi du 30 avril 1926 en parlant des collaborateurs occasionnels... « un coup de main »).

L'idée de fonction *dépasse donc* le cadre de l'art. 1384 § 5 du Code Civil. Elle s'infiltré dans la législation du travail et suffit à expliquer, à notre sens, certaines dispositions particulières de celles-ci. De là l'intérêt qu'elle peut présenter pour le commentateur.

*
* *

Enfin en Droit comparé ne retrouve-t-on pas la même idée de fonction ? En Droit anglais, par exemple, « le maître est responsable (des faits de ses serviteurs ou préposés : « servants ») parce qu'il s'agit de ses affaires » (1). Il s'agit donc bien d'une fonction exercée pour le compte du commettant. (Seulement en Droit anglais, la relation entre le fait dommageable du « servant » et la fonction qu'il exerce est plus étroite que dans le Droit français).

De même en Droit allemand « celui qui prépose un autre à une opération est obligé à réparation du dommage que l'autre, par un fait contraire au droit, a causé à un tiers, dans l'exercice de l'opération » etc... (art. 831, Code Civ. allemand).

Et peu importe (dit M. Demogue, Obligations tome 5, n° 948, p. 157) que l'opération soit de longue durée, qu'il s'agisse d'une personne quelconque, depuis le domestique jusqu'au fonctionnaire, que le service soit rémunéré, ou gra-

(1) Demogue : Obligations, tome V, n° 943, résumant la pensée de Pollock : Laws of torts, 5^e éd., p. 74.

tuit, que les ordres aient été transmis directement ou non. On exige seulement une véritable *désignation*... »

C'est là, encore une fois, pensons-nous, la consécration du critérium de la fonction exercée pour le compte d'autrui (1).

*
* *

Il nous reste maintenant avant de clore le présent chapitre d'examiner rapidement une question, que nous avons laissé de côté, mais qui est d'une singulière importance.

Nous avons vu au cours de la période moderne les arrêts de la jurisprudence rejetant résolument le critérium de la dépendance économique et sociale (2) et le critérium classique de la subordination et de l'autorité (3). Cependant, d'autres arrêts persistent malgré tout, par pur esprit de tradition, à reproduire l'ancienne formule jurisprudentielle (d'inspiration classique) du *droit* de donner des ordres et des instructions. Lorsque nous avons examiné la nature de ce droit, p. 56, nous avons émis des doutes sur l'aptitude qu'aurait le critérium de l'autorité à expliquer l'étendue actuelle du domaine de la responsabilité des commettants. Maintenant, il est temps, que nous examinions de plus près ce point.

(1) Pour l'étude détaillée de la question en Droit comparé, voir : Demogue, V, n° 943 et suiv. et Bahgat, Th., Paris, 1929, précitée.

(2) Paris, 14 mars 1930, D. P. 1930, 2, 115, et sur pourvoi, Req., 18 avr. 1932, D. H. 1932, 284, rej. Paris, 25 juil. 1931, D. H. 1931, 528 (précités).

(3) Tr. Civ. de Bordeaux, 11 nov. 1918, *Gaz. Pal.*, 1918-1919, 1, 523 (Sec. Jug.). Tr. Civ. de Saintes, 19 juil. 1930, S. 1931, 2, 28 (précités).

Le préposé est-il soumis — ne fut-ce qu'en droit — à l'autorité de son commettant ? Et n'y-a-t-il pas tout un ensemble de cas où le préposé échappe précisément, à tout pouvoir de la part du commettant de lui donner des ordres quant à l'exercice de sa fonction ? Ce domaine où s'arrête le critérium de l'autorité n'est autre — disons-le tout de suite — que celui du Droit maritime. Aussi, allons-nous lui consacrer un paragraphe de notre chapitre.

§ 2. — *La responsabilité de l'armateur
pour les faits du capitaine de navire et des gens
de l'équipage.*

L'art. 216 du Code de Commerce déclare textuellement :
« Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine et tenu des engagements contractés par ce dernier, pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition.

Il peut dans tous les cas s'affranchir des obligations ci-dessus par l'abandon du navire et du frêt » (1).

L'énorme majorité de la doctrine considère le premier paragraphe de l'art. 216, visant la responsabilité du propriétaire de navire, comme une simple application du droit commun et de l'art. 1384, § 5 du Code Civil, qui pose le

(1) La responsabilité du propriétaire de navire peut donc, aux termes de l'art. 216 du C. de Com., être engagée à un double titre : 1° à titre *délictuel*, vis-à-vis des victimes des dommages éventuels (abordages en mer, etc...) : « les faits du capitaine » ; 2° à titre *contractuel*, vis-à-vis des personnes avec qui le capitaine a contracté au nom du propriétaire : (« les engagements relatifs au navire et à l'expédition »). Nous ne traiterons, au cours du présent paragraphe que de la responsabilité délictuelle du propriétaire.

principe général de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui.

Au contraire, le second § de l'art. 216, en tant que limitant la responsabilité du propriétaire du navire à sa « fortune de mer », consacre une grave dérogation au principe universellement connu, en vertu duquel tout débiteur répond vis-à-vis de son créancier avec tous ses biens présents et futurs.

Mais, si telle est la conception traditionnelle qui a toujours prévalu en Droit maritime (1), tant en doctrine (2),

(1) « On a toujours considéré en France (écrit M. Ripert, 3^e édition, 1929, t. I, n° 842, p. 918) que l'art. 216 du C. de Comm. était une simple application du principe de l'art. 1384 du C. Civ. Il y a presque aujourd'hui, en ce sens, une interprétation législative : la loi du 29 décembre 1905 sur la Caisse de prévoyance des marins français, déclare le propriétaire déchargé de la responsabilité civile des fautes du capitaine et de l'équipage, par dérogation aux règles des art. 1384 du C. Civ. et 216 du C. de Comm. ». Nous avons donc un texte. Il y a mieux encore, ce sont les raisons profondes qui commandent la situation, etc... ».

Et en vérité la solution du Droit maritime moderne, comme celle de l'ancien Droit d'ailleurs, est demeurée constante. Voir à cet égard : Domat : Les lois civiles, t. I, titre 16, sect. 2, § 2 : « Le maître du vaisseau est tenu du fait de ses commis et autres préposés et des personnes qu'il emploie à l'usage du vaisseau et de la navigation. Et si quelqu'un d'eux cause quelque perte, ou quelque dommage dans son bord, il en répondra » (p. 160).

(2) Pour la doctrine traditionnelle : Laurin sur Cresp, I, 620. — De Valroger, I, n°s 235 et 237. — Desjardins, II, n° 274. — Boistel, n°s 1183 et 1184. — Lyon-Caen et Renault, V, n°s 178 et 189 bis et ter. — Laurin, n° 159. — Jacobs, I, n°s 57-58. — Danjon, II, n° 547, p. 220 (cités par ce dernier). — Ripert : Droit maritime, I, 3^e édition, 1929, n° 773, p. 849, n° 841, p. 913. — Wahl : Précis, n° 104, p. 60. — Aubrun : note, D. P. 1919, 2, 65, p. 66, col. 1.

Contre la doctrine traditionnelle : Romain de Sèze : De la responsabilité des propriétaires de navire, *Revue générale de Droit français*, 1883. — Regnault : La responsabilité civile des pro-

qu'en jurisprudence, elle n'est cependant pas partagée par certains auteurs qui voudraient pouvoir démontrer que l'art. 216 du Code de Comm. pose, non pas seulement dans son § 2 mais encore dans son § 1^{er}, une règle particulière au Droit maritime et dérogoratoire par conséquent, aux principes du Droit commun.

Cette attitude schismatique s'explique d'ailleurs fort bien. Car il est un point qui est absolument certain et que les dits auteurs ne songeraient pas à contester : c'est que le propriétaire du navire n'a jamais *ni en fait, ni en droit*, le pouvoir de donner des ordres au capitaine, quant à l'exercice des fonctions dont il a été investi.

« Maître à son bord après Dieu, (écrit M. Flour, thèse précitée, p. 183) le capitaine jouit dans la conduite de son navire d'une indépendance absolue (1) les ordres que lui donne-

priétaires de navires, *Revue critique*, 1876, XLII, pp. 538 et 605. — Verneaux : L'industrie des transports maritimes au XIX^e siècle, 1903, II, p. 237. V. de même : Rec. de lég. de Toulouse, 1906, p. 266. — Abram : L'affrètement qui a choisi le capitaine, est-il responsable des engagements et des fautes du capitaine, en vertu de l'art. 1384 du C. Civ., *Rev. int. de dr. maritime*, XXII, 1906-1907, p. 559. — S. Hindenburg, délégué danois à la conférence d'Amsterdam de 1904 : Rapport préliminaire au Comité mar. inter., *Bull. du Com.*, n° 11, p. 20 (cités par Ripert, I, 3^e édition, 1929, n° 843, p. 915, note 1. — Adde, Levillain : note sous Civ. 18 mars 1878, D. P. 1878, I, 193, p. 195. — Chauveau : th., Rennes, 1923, n° 101 et n° 179. — Enfin Flour : thèse, Caen, 1933, p. 182 et suiv.

(1) Et « cela n'est nullement particulier aux expéditions maritimes (dit Danjon, II, p. 289) : croit-on sérieusement que le propriétaire d'une automobile et demain le propriétaire d'un aéroplane ne seraient pas tout aussi impuissants à surveiller, à diriger leur mécanicien dans la manière de conduire leur appareil que ne sont les armateurs à se mêler de la manœuvre des navires par les capitaines ? »

Dans le même sens, pour le propriétaire d'automobile, Savatier, note au D. P. 1928, I, 17, p. 19, col. II.

rait le propriétaire n'auraient aucune force obligatoire ; on a même démontré, qu'en s'immisçant dans les manœuvres nautiques, l'armateur encourait les peines édictées par l'art. 82 du décret-loi du 24 mars 1852 contre toute personne qui aura pris indûment la conduite du navire ». Et à l'appui de ses dires, M. Flour cite un certain nombre d'auteurs (1).

Or, s'ils devaient admettre que le capitaine de navire est un préposé du propriétaire, aux termes de l'art. 1384, § 5 du Code Civil, lesdits auteurs se verraient obligés de reconnaître l'insuffisance du critérium de l'autorité, qui leur est cher. Aussi, sentant le danger, ont-ils eu recours à un procédé, en quelque sorte, désespéré : il ont nié, tout simplement, au capitaine de navire la qualité de préposé (2). En quoi, d'ailleurs, ils sont demeurés conséquents avec leur système et leur conception particulière des rapports de commettant à préposé, mais en échange, par ce fait même, ils ont été contraints de négliger toute une série d'arrêts qui proclament, en toutes lettres — comme nous allons le voir — que le capitaine de navire engage par ses faits délictuels la responsabilité du propriétaire de navire (armateur), et ceci, indifféremment, soit sur le fondement de l'art. 216 du Code de Commerce, soit sur celui de l'art. 1384, § 5 du Code Civil.

Un grand nombre d'arrêts considèrent d'abord, le capitaine de navire, le pilote et les gens de l'équipage comme les

(1) V. la note 2, *supra*, p. 114, les adversaires de la doctrine traditionnelle.

(2) « N'étant soumis (dit M. Flour) à aucune autorité, le capitaine n'est donc pas un préposé ». (Flour, thèse précitée, p. 183).

Dans le même sens, pour le pilote Lamaneur, H. Dhorne, Th., Paris, 1898, p. 33.

préposés de l'armateur (1). Citons au hasard quelques exemples : Ainsi l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 février 1905 (Revue internationale de Droit maritime, XX, p. 685) (The stokesley Steamship c. Compagnie générale transatlantique).

En l'espèce, un abordage ayant eu lieu dans les eaux du Havre, entre un vapeur anglais Stokesley et un autre vapeur anglais le Shagbrook (dont une partie de la cargaison appartenait à la Cie Gén. Transatlantique) et cette collision s'étant produite par la faute du capitaine du premier vapeur, la Cie anglaise, propriétaire de ce vapeur, a été déclarée civilement responsable.

(Sur le point préalable de savoir quelle était la loi applicable, l'arrêt décide que le quasi-délit ayant été commis dans les eaux territoriales françaises, « il tombe à ce titre sous l'application de l'art. 3 du Code Civil, aux termes duquel les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » ; l'arrêt déclare que vu les circonstances la responsabilité de la Compagnie était engagée à titre de commettant).

Attendu (dit la Chambre des Requêtes) que pour la protection des personnes et des biens lésés sur ce territoire, il n'y a pas à distinguer entre le capitaine, agent direct du dommage, et les armateurs qui l'ont *préposé* à la *conduite* du navire et qui en leur qualité même de commettants, sont civilement responsables de ses fautes, vis-à-vis des tiers, etc... Par ces motifs rejette... »

(1) Les arrêts parlent en effet de l'armateur et non pas du propriétaire de navire ; car par « propriétaire d'un navire » la loi a vraisemblablement entendu parler du propriétaire qui est *en même temps armateur*. Pour ce point, voir plus loin, p. 128.

Dans le même sens, citons un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux du 7 avril 1897 (Revue XIII, p. 294). (Recagno, Olcèse, et Caseneuve et La Baloise contre Cie des Ass. Maritimes et Benazet) : « les armateurs qui l'ayant préposé à la conduite de son navire sont civilement responsables de ses quasi-délits (du capitaine) envers les tiers, en vertu de leur seule qualité de commettant ».

De même un arrêt de la Cour d'Appel de Rouen, du 12 mai 1926, (Revue de Droit maritime comparé XV, p. 397, troisième arrêt et note Ripert, p. 422) : « attendu que... toutes les autorités maritimes et les compétences nautiques... ont estimé, que, c'est pour accomplir régulièrement la mission dont il était investi par ses commettants etc... que, malgré la voie d'eau..., il (le capitaine) a entraîné son navire dans la haute mer... »

De même un arrêt de la Cour de Rennes, du 31 décembre 1896 (Revue internationale de Droit Maritime XII, p. 418 reformant un jugement du Tribunal de Commerce de Nantes, du 20 nov. 1895) (Société de Navigation de l'Ouest, c. Lesourd et autres) : en l'espèce, le tribunal reconnaît qu'il n'y a aucune faute de vigilance de la part du capitaine de l'un des bateaux entre lesquels il y a eu collision et que par conséquent la responsabilité de l'armateur respectif ne saurait être non plus engagée. « Considérant (dit de même la Cour de Rennes) que l'action en dommages intérêts qui ne précéderait pas contre le patron de « Saint-Jules » (capitaine du navire abordeur) ne saurait procéder non plus contre son armateur, le sieur Lesourd, envisagé comme évidemment responsable des fautes de son préposé ».

Mais, en l'espèce, si le capitaine n'était pas en faute, on ne pouvait en dire de même du pilote. Et la responsabilité de l'armateur a été effectivement engagée par les fautes

commises par ce dernier : « On peut légitimement (continue l'arrêt de la Cour de Rennes)... rechercher si elle (la responsabilité de l'armateur) ne se trouvait pas engagée par la faute d'un *préposé autre que le capitaine*, qui l'aurait secondé ou même se serait substitué à lui, etc... » « Or, considérant que le capitaine D... avait à son bord au moment de l'abordage le pilote A... R..., que ce pilote qui était aussi un préposé de l'armateur... n'ayant point été traduit devant une juridiction répressive, etc... la question de responsabilité reste entière à son égard... » (1).

Ces quelques arrêts, cités à titre d'exemples qualifient le capitaine de navire, le pilote, les officiers de service, etc... de préposés de l'armateur. Mais d'autres arrêts sont encore plus explicites, puisqu'ils fondent la responsabilité de ce dernier sur l'art. 1384 § 5 du C. Civ.

Ainsi un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux du 5 fév., 1889 (Revue V, p. 192) (Amanieux c. Comp. Fraissinet).

« Attendu (dit la Cour) que la responsabilité... de l'arma-

(1) De même : *Capitaine, préposé de l'armateur*. Trib. Civ. de Nantes, 5 juin 1899, *Revue*, XV, p. 524 (Marie-Louise Delanay et autres c. Maresco).

De même : *Pilote, préposé*. Rennes, 12 févr. 1891, *Revue*, VI, p. 247 et Trib. de Comm. de Saint-Brieuc, 9 mai 1899 (Canfantan et C^o c. Adam et Michel).

Mécanicien à bord, préposé. Trib. Comm. de Marseille, 19 août 1902, *Revue*, XVIII, 89 (Soc. des Raffineries de sucre de Saint-Louis c. Cie des vapeurs de charge français).

Officier de service, préposé. Trib. de Comm. de Marseille, 14 déc. 1898, *Revue*, XIV, 519 (Caillol et Saint-Pierre c. Cyprieut, Fabre et Cie).

Officier de quart, préposé. Trib. de Com. de Marseille, 10 nov. 1896, *Revue*, XII, 497.

Ouvriers chargés de l'arrimage, sous-préposés de l'armateur. Rouen, 3 mars 1897, *Revue*, XII, 673 (Cie des Chargeurs Réunis c. Kreglingert et Cie).

teur qui a son origine dans l'art. 1384, § 5 du C. Civ. est d'ordre public, comme celle du capitaine, par identité de raison juridique et d'intérêt général ; qu'ainsi s'explique la disposition de l'art. 216 qui ne limite cette responsabilité qu'à l'abandon du navire et du frêt ».

De même un jugement du Tribunal de Commerce de Marseille du 3 déc. 1895 (*Revue*, XII, 495) (Assureur contre Cap. Scott) : « Attendu (dit le Tribunal) que le fait d'un vol avec effraction, commis par des hommes du bord, n'est point douteux... ; attendu que le capitaine ou les armateurs sont responsables de la faute de leurs préposés, en vertu du principe général posé par l'art. 1384 du C. Civ. »

De même, un jugement du Tribunal de Commerce du Havre du 28 déc. 1923 (infirmé sur appel par un arrêt de la Cour de Rouen du 23 déc. 1925 (premier arrêt), *Revue de Droit maritime comparé* XV, p. 397 et note Ripert) (Compagnie des Chargeurs Réunis c. Vve Ticou, Morosini et autres) : « Attendu (dit la Cour de Rouen) que la responsabilité de celle-ci (de la Compagnie) doit être appréciée tant à raison des fautes qu'elle aurait pu commettre, que de celles qui proviendraient du fait du capitaine, son préposé, dans les conditions du *droit commun*, c'est-à-dire suivant les prescriptions des articles 1382, 1383, et 1384 du Code Civil et 319 du Code Pénal, etc... »

De même, un arrêt de la Cour d'Aix du 23 janvier 1899 (*Revue*, XIV, p. 42) (Bathes Thos et autres c. Vve Jauffret) : « Attendu que d'après l'art. 1384 du Code Civil ils (*les armateurs*) répondent du dommage causé par la faute du capitaine. »

De même, un arrêt de la Cour d'Aix du 7 avril 1897 (*Revue*, XII, 697) (statuant sur appel du jugement du Tri-

bunal de Commerce de Marseille du 10 nov. 1896 (*Revue*, XII, 497, précité) : « Attendu (avait dit le Tribunal) que le capitaine D..., officier de quart à bord de « Les Andes », se trompant sur la nature du feu qu'il apercevait, à fait exécuter au vapeur une fausse manœuvre, qui, seule, a occasionné l'abordage ; que, par suite de cette faute de son *préposé*, la responsabilité de la Compagnie des transports maritimes se trouve pleinement engagée. » Et la Cour d'Aix précise encore davantage : « Examinant à nouveau les actes de ce préposé, au point de vue des conséquences dommageables qu'ils ont pu engendrer, recherchant s'ils ne constitueraient pas un quasi-délit susceptible de faire tomber les commettants sous le coup de l'*art. 1384* du Code Civil. Considérant que l'action formée contre les armateurs embrasse l'ensemble des fautes commises non seulement par l'officier de bord qui présidait à la manœuvre, mais encore par l'équipage tout entier, etc... Par ces motifs... met l'appel au néant. » (1).

Nous pourrions multiplier indéfiniment ces exemples :

Il serait complètement inutile, car nous estimons que ceux que nous avons déjà donnés, suffisent largement à illus-

(1) Et de même : préposés aux termes de l'*art. 1384* du C. Civ. Trib. de Comm. du Havre, 29 déc. 1889, *Revue*, V, 227. Capitaine, préposé, *art. 1384* § 5. Poitiers, 19 déc. 1898, *Revue*, XIII, 468. De même : Rouen, 20 juil. 1898, *Revue*, XIV, 331. La Cour reconnaît que la responsabilité de l'armateur aurait été engagée sur le fondement de l'*art. 1384* § 5 du C. Civil, si en l'espèce, l'armateur ne s'était exempté des fautes du capitaine, par une clause expresse de non-responsabilité, qui fut reconnue valable : « Attendu (dit la Cour de Rouen) que vainement Lerou excipe d'actes d'exécution ultérieurement tentés par les réclamateurs contre l'armateur ; que ces tentatives s'expliquent bien par la responsabilité civile qu'aurait encouru l'armateur dans les termes de l'*art. 1384* du C. Civ., s'il ne s'en était pas exempté dans la charte-partie. »

trer la conception de la jurisprudence, qui déclare la responsabilité des armateurs de navire civilement engagée sur le fondement de l'art. 1384 § 5 du Code Civil (1).

Si les choses sont ainsi, si la jurisprudence est constante sur ce point, s'il est vrai que l'armateur est responsable, à titre de commettant, des fautes que le capitaine de navire (2), les pilotes (3), les officiers de quart (4), les mécaniciens et, en général, les gens de l'équipage (5), *ses préposés* ont pu commettre dans l'exercice des fonctions à eux confiées, que penser de l'attitude doctrinale de certains auteurs classiques ou néo-classiques, comme M. Flour, par exemple, qui pose au début de son étude, le principe de l'autorité, puis rejette, en vertu de ce principe, toutes les solutions jurisprudentielles qui ne cadrent pas avec lui. « N'étant soumis à aucune autorité dans l'accomplissement de sa mission, le capitaine n'est donc pas un préposé (dit M. Flour, thèse précitée, p. 183).

Certes, il y a là une proposition qu'il est plus facile de poser que de prouver. Et ceci nous ramène à ce que nous disions dans l'introduction de cette présente étude : au fond, il

(1) En pratique, le capitaine seul figure dans l'instance et, le cas échéant, il est condamné, mais en qualité de préposé seulement.

Exemple : jug. du Trib. de Comm. de Marseille du 29 juin 1864, cité par De Courcy, p. 113 : « Le plus ou moins d'opportunité et d'habileté d'une manœuvre, suffisant pour engager la responsabilité du capitaine *en cette qualité seulement*, ne peut l'être pour engager sa responsabilité personnelle. » Pour la condamnation du capitaine « *ès qualité* », voir Ripert, I, 3^e édition, 1929, n° 000, p. 000.

(2) V. Mazeaud, I, n° 960, p. 671.

(3) V. Levillain, note D. P. 1881, 2, 169.

(4) V. Lyon-Caen et Renault, V, n° 188 *bis*.

(5) V. Lyon-Caen et Renault, V, n° 189 *bis et ter*, et note IV (5^e éd., p. 165).

y a, pensons-nous, entre ces auteurs et nous, une différence de méthode : poser un principe et en faire la clef de voûte de tout un système, c'est fort bien ; mais encore faut-il que ce principe ne soit pas en contradiction avec la réalité des faits qu'il se propose justement d'expliquer.

Car, c'est le propre des méthodes métaphysiques (1) que d'imposer un principe *à priori*, sans souci des expériences qui pourraient venir en modifier le contenu ou même, ce qui est plus grave, lui supprimer sa raison d'être.

Rappelons à ce point de vue, le vice de méthode identique que nous avons signalé en passant, chez M. René Dallant qui condamne, au nom du fondement social du risque-profit, l'extension jurisprudentielle de la notion de préposé, en matière de rapports de complaisance (2) ; à ce point de vue, les raisonnements de ces auteurs sont absolument typiques :

Le fondement de l'autorité, d'une part, ne cadre pas avec la situation du capitaine de navire : donc, dira M. Flour, « le capitaine de navire n'est pas un préposé ».

Le fondement du risque et des profits de l'entreprise, d'autre part, ne cadre pas avec la situation du conducteur bénévole : donc, dira de même M. Dallant, ce dernier n'est pas un préposé (3).

(1) Au sens courant, bien entendu, et non pas dans l'acceptation philosophique du terme, qui est toute différente.

(2) « Nous pouvons (dit M. Dallant) ... conclure que le fondement de dépendance économique dégagé de nos études précédentes... nous donne une justification théorique solide (!) de l'inexistence des liens de commettant à préposé dans les rapports de complaisance. » René Dallant, thèse Poitiers, 1927, p. 109.

V. de même Dallant, note au D. P. 1931, 1, 171, p. 175, col. 1.

(3) Rapprocher ce passage de la note de M. André Besson au D. P. 1928, 2, 13, p. 16, col. 1, qui, au nom du critérium de la

Mais si le raisonnement est impeccable, les prémisses sont-elles exactes ? Et les bases sur lesquelles ces auteurs construisent leur édifice, ne sont-elles pas trop étroites ? A notre avis, la réponse ne saurait être douteuse : et que l'on adopte la thèse classique, ou que l'on se rallie à la doctrine sociale, on se heurtera toujours, pensons-nous, à une même et insurmontable difficulté : à savoir, à l'impossibilité d'expliquer l'étendue actuelle et constante du domaine de la responsabilité des maîtres et commettants. Et cette raison est, à elle seule, suffisante à notre avis pour condamner et l'une et l'autre de ces deux explications. C'est ce qui résulte, d'ailleurs, d'une manière implicite (et même explicite, comme nous venons de le voir des arrêts de la jurisprudence ci-dessus analysés.

*
**

Pour tout ce qui concerne la thèse de la responsabilité « réelle » et les moyens à l'aide desquels les adversaires de la doctrine traditionnelle ont essayé de consolider leur théorie, il ne nous semble pas nécessaire d'y insister beaucoup.

En quoi cette théorie consiste-t-elle exactement et quel en est le principe fondamental ? « *On répond du navire plutôt que de celui qui le dirige* », dit M. Flour (thèse précitée, page 184) en faisant sienne et en résumant, en quelques

dépendance économique et sociale reproche à la jurisprudence l'extension abusive de la notion de préposé en matière de rapports de complaisance : « De telles solutions étendent abusivement la notion de préposé. Elles font complètement abstraction du critère de dépendance économique et sociale *sans lequel il n'y a pas de véritable préposé.* »

mots, la vieille thèse de la responsabilité réelle jadis émise par Emerigon et par Bédarride (1). Or, cette théorie, si elle explique d'une manière satisfaisante la règle de l'abandon de l'article 216 § 2 du Code de Commerce n'en reste pas moins, par d'autres côtés, exposée à certaines critiques...

Et d'abord, le terme même de « responsabilité réelle » est discutable, en soi. Que veut-on dire exactement par là ? Les partisans de cette thèse veulent-ils rattacher la responsabilité dont il s'agit à la seule qualité de propriétaire (du navire) que possède la personne civilement responsable ? Non, assurément ! Car cette conception n'est pas celle du Code Civil et elle a toujours été repoussée par la jurisprudence (2).

Veut-on simplement dire que la responsabilité réelle ne fait que rééditer, sous une dénomination nouvelle, la théorie de la responsabilité du fait des choses et le principe de la garde ?... (3). Mais alors pourquoi ne pas appliquer franchement au droit maritime, les règles découlant de l'article 1384 § 1^{er} du Code civil et déclarer l'armateur civilement responsable en tant que gardien juridique de la chose ?

(1) V. Emerigon : *Traité des contrats à la grosse*, chapitre 4, sect. XI, 2. Bédarride : *Du commerce maritime*, 2^e édition, tome I, n° 279, p. 406, cités par Aubrun, note au D. P., 1919, 2, 65.

(2) V. par exemple en matière d'accidents d'automobile les arrêts qui refusent de condamner le propriétaire de la voiture, en tant que propriétaire. V. Ripert au D. P. 1922, I, 25, p. 26, col. 1, et Req. 3 juin 1904, D. P. 1907, I, 177 ; Lyon, 23 juillet 1902, 2, 215.

(3) En ce sens, Ripert : *Droit maritime*, 3^e éd., 1929, t. I, n° 772, p. 846, malgré que l'article 407 § 2 du Code de Commerce semble s'opposer à l'extension de l'art. 1384 § I du Code Civil au droit maritime, puisque, en cas d'abordage, il décide que « s'il y a doute sur les causes de l'accident, les dommages sont supportés par ceux qui les ont éprouvés » (V. Ripert, I, n° 772, p. 848).

Les conséquences seraient des plus intéressantes et l'idée de garde permettrait, notamment, d'éviter la controverse sans issue qui divise la doctrine sur la question de savoir au cas de louage du navire à un armateur, qui exploite pour son propre compte, — qui des deux, propriétaire d'un navire ou armateur doit être déclaré civilement responsable (1) ; par application de l'idée de garde, on devrait, en l'occurrence, condamner l'armateur car c'est lui qui serait le « gardien juridique de la chose ». D'ailleurs rien n'empêche dans cette hypothèse comme en matière d'accidents d'automobile, au cas où la conduite a été confiée à autrui, d'appliquer indifféremment, soit l'idée de garde et l'article 1384 § 1^{er} du Code Civil, soit l'idée de préposition et l'article 1384 § 5 ; l'armateur (ou le propriétaire du navire qui exploite lui-même) pouvant être considéré comme civilement responsable non pas seulement à titre de gardien juridique du navire mais encore, et plus simplement, à titre de commettant du capitaine et des gens de l'équipage.

La théorie de la responsabilité réelle a le tort, on le voit, de déplacer le centre de gravité de l'article 216 du Code de Commerce, du 1^{er} § qui pose le principe de la responsabilité du propriétaire, conformément au droit commun, au second § qui en limite l'étendue et qui constitue une grave dérogation à ce même droit commun. Cette limitation de la responsabilité des propriétaires de navire et des armateurs est d'ailleurs une nécessité qui s'impose impérieusement en droit maritime, le législateur ayant voulu par là protéger l'essor d'une industrie, dont les risques sont tellement considérables et encourager de la sorte l'esprit d'en-

(1) Nous retrouverons ce point plus loin, p. 128.

treprise nautique (1). On peut donc parler, en Droit maritime, d'un véritable *principe* de la limitation de la responsabilité (2).

Il est certain, qu'au point de vue pratique, cette limitation peut être organisée de différentes manières (3) et que l'on peut discuter (comme on l'a déjà fait dans différentes conférences internationales (4) la question de savoir si l'on adoptera, par exemple, la règle française de la responsabilité limitée à l'abandon du navire et du frêt (art. 216, § 2, C. de Comm. Français) ou bien la règle anglaise de la limitation de la responsabilité à une somme fixe, calculée d'après le tonnage du navire (5).

Nous n'avons pas à entrer dans ces détails ; la seule chose qui nous intéresse, c'est que la règle de l'abandon du navire, posée par l'art. 216 § 2 n'est qu'une *modalité* (adoptée par le législateur français entre plusieurs modalités possibles) de l'application du principe fondamental (que personne ne songe à contester) de la *limitation* de la responsabilité de l'armateur.

(1) V. Carver (délégué anglais à la Conf. de Londres, 1899), *Bull. du Comité mar. int.*, n° 6, p. 91. — Danjon, II.

(2) « Toutes les législations admettent que le propriétaire ne saurait être responsable du fait de ses préposés maritimes sur l'ensemble de son patrimoine... Cette unanimité nous avertit que nous touchons à un des *principes fondamentaux* du droit maritime » (V. Ripert, II, n° 1228, p. 180) et quelques pages plus loin : « Aujourd'hui, à part quelques protestations qui n'ont point été écoutées, tous les esprits réclament une étroite limitation et dans les conférences internationales le principe a été admis sans discussion. » (Ripert, II, n° 1232, p. 184).

(3) Ripert, II, n° 1232, p. 184 précité.

(4) (De 8 livres par tonneau de jauge). (Art. 543 du Merchant Shipping Act de 1894).

(5) V. à ce propos les longues discussions du Comité International maritime à la Conf. de Londres de 1899 et la résolution finale de la Conf. dans le *Bull. du Comité*, n° 6.

L'abandon du navire ne se rattache donc pas d'une manière nécessaire, au principe de la limitation de la responsabilité (art. 216 § 2) ; à *fortiori*, ne fait-il pas corps avec le principe de la responsabilité lui-même (art. 216 § 1^{er} du C. de Comm. ou art. 1384 § 5 du C. Civ.).

Et si certains auteurs ont ressenti le besoin de forger de toutes pièces une théorie de la « responsabilité réelle », c'est encore une fois, uniquement parce qu'ils voulaient, à tout prix écarter du débat (sur les conditions de la responsabilité des maîtres et commettants) le cas du capitaine de navire, qui les embarrassait, et sauvegarder, de la sorte, le critérium de l'autorité, auquel ils s'étaient rattachés (1).

Un autre point sur lequel les partisans de la « responsabilité réelle » insistent particulièrement, est que le texte de l'art. 216 § 1^{er} ne vise que le propriétaire du navire et non pas l'armateur. Or, il arrive parfois (bien qu'assez rarement (2), en fait) que le propriétaire loue son navire à un armateur qui exploite pour son propre compte, et alors au cas de faute du capitaine (du pilote ou des gens de l'équipage) on discute la question de savoir auquel des deux, du propriétaire ou de l'armateur, incombera la res-

(1) Pour la réfutation de la théorie de la responsabilité réelle, v. Ripert, I, 3^e édition, 1929, n° 844, p. 916.

Il me paraît *téméraire et inutile* d'isoler ici le droit maritime et de sacrifier cette grande règle que le commettant doit répondre des faits de ses préposés. » Ou bien encore : « Au point de vue théorique, elle (la conception allemande limitant la responsabilité de l'armateur à sa « fortune de mer ») repose sur cette idée que le propriétaire ne doit pas être normalement responsable des faits du capitaine. C'est une idée qui ne peut cadrer avec les principes de notre Droit civil sur la responsabilité... C'est une idée fausse et dangereuse que de déclarer l'armateur irresponsable en principe (Ripert, 3^e édition, 1929, tome II, n° 1252, p. 202).

(2) V. Ripert, I, 3^e édition, 1929, n° 776, p. 852.

ponsabilité civile. « D'après la jurisprudence, c'est au propriétaire seul que les tiers peuvent s'adresser », dira M. Flour, thèse précitée, p. 186 (1). Mais est-ce là une jurisprudence bien constante ? (2). En tout cas, « ces solutions (continue M. Flour) sont logiquement inexplicables et doivent être nécessairement condamnées, si l'on admet qu'un lien de préposition existe entre le capitaine et l'armateur ».

Nous avouons ne pas être convaincus de la valeur de cet argument. Certes, l'art. 216 § 1^{er} du C. de Comm. ne vise que le propriétaire du navire, mais il est infiniment probable que le législateur statuant « de eo quod plerumque fit » n'a pensé qu'au propriétaire-armateur, et non pas au propriétaire-non-armateur (3).

Pourquoi l'armateur qui a choisi le capitaine ne serait-il

(1) Dans ce même sens, Levillain : note sous Civ. 18 mars 1878, D. P. 1878, I, 193 (Tandonnet Frères et Etcheverry c. la Comp. d'Ass. « La Garonne » et autres).

(2) M. Flour, lui-même, relève une divergence dans les arrêts qu'il cite : Pro : Civ. 18 mars 1878, D. P. 1878, I, 193, note Levillain. — Rouen : 12 juil. 1923, *Rev. de Dr. Mar. comp.*, 5, 349, motifs. — Nantes : 15 oct. 1923, *Rev. de Dr. Mar. comp. sup.*, I, 413. — Mais Contra : Aix, 23 janv. 1899, *Rev. Int. de Dr. Mar.*, XV, 42.

(3) Dans ce sens, Ripert, 3^e édition, 1929, I, n° 768, p. 843 : « Le C. de Commerce visant le propriétaire de navire suppose toujours que ce propriétaire exploite lui-même le navire. Les deux qualités de propriétaire et d'armateur sont alors confondues. »

Voir de même Danjon, II, pp. 240-241 : « Il est... vraisemblable, que si l'ancien droit maritime a proclamé la responsabilité du propriétaire du navire, c'est tout simplement parce qu'à cette époque, *propriétaire et armateur ne faisaient qu'un*, les navires étant toujours exploités par les propriétaires eux-mêmes. » D'ailleurs le Droit romain ne déclarait-il pas « l'exercitor responsable des faits et actes du capitaine, toutes les fois, du moins, qu'il l'avait choisi, sans distinguer suivant qu'il était propriétaire, ou simplement locataire du navire ? » V. Levillain, note D. P. 1878, I, 193, p. 195, col. 1 ; V. Ulpian, Dig. XIV, I, De exercit. act., I, § 2).

pas responsable (1), se demande M. Ripert ? : « Lui aussi contribue à créer un risque nouveau pour les tiers ; lui aussi tire profit de l'exploitation et des faits accomplis par un préposé qu'il a choisi. Malgré ces bonnes raisons, la jurisprudence considère l'armateur comme irresponsable et préfère concentrer toute la responsabilité sur la tête du propriétaire (2) ».

Que la jurisprudence soit dans ce sens, nous ne le nions pas. Mais ces décisions sont-elles tellement « inexplicables » que certains auteurs voudraient nous le faire croire ? « Si les Tribunaux n'ont pas voulu reconnaître, dans cette hypothèse, la responsabilité de l'armateur, c'est parce qu'ils ont craint d'être obligés d'admettre contre lui une responsabilité personnelle indéfinie », l'art. 216 § 3 n'accordant la faculté de l'abandon qu'au propriétaire du navire et non à l'armateur, et alors « plutôt que de laisser la condamnation s'exécuter sur tous ses biens, la jurisprudence a préféré écarter de lui toute condamnation » (Ripert, *op. cit.*, I, n° 780).

Voilà la véritable raison des arrêts de la jurisprudence, et par conséquent, il nous semble assez difficile de se prévaloir de ces décisions, pour contester au capitaine de navire la qualité de préposé (3).

D'ailleurs, quelle est la situation juridique de l'armateur au cas où le propriétaire lui loue le bateau ? N'est-elle pas

(1) Ripert, 3^e édition, 1929, tome I, n° 780, p. 854.

(2) V. Marseille, 7 juil. 1896, *Rev. int. de Dr. Mar.*, XII, 71. Aix, 29 déc. 1896, *Rev. int.*, XVI, 23, et les auteurs cités par Ripert, 3^e édit., 1929, tome I, n° 780, p. 854, note 2.

(3) Voir Lyon-Caen et Renault qui dans ce cas particulier accordent à la victime une action contre l'armateur fondée sur l'art. § 5 du C. Civ. (Lyon-Caen et Renault, V, n° 192, p. 172). De même, Danjon, II, 641. Wahl, précis, n° 104.

celle de tout locataire ? Et l'armateur ne devrait-il pas, aux termes même de son contrat, être déclaré civilement responsable des faits des gens qu'il emploie, au même titre que tout locataire l'est (en vertu de son contrat de location) ou que tout fermier (en vertu de son contrat de bail ?) (1). Et ne serait-il pas irrationnel et contraire aux principes, de rendre le propriétaire du navire responsable pour une faute commise par le capitaine ou les gens de l'équipage, alors que le bateau a été loué à un armateur qui seul, engage cet équipage, dirige l'expédition et retire les profits de l'entreprise (de cette entreprise qu'il exploite pour son propre compte, comme tout entrepreneur indépendant ?) (2).

Si la solution normale du problème semble buter ici contre un texte positif de loi, c'est que, pour des raisons intéressées, on a donné de ce texte une interprétation très stricte (3) qui est peut-être conforme à sa lettre, mais qui n'est sûrement pas conforme à son esprit.

(1) Pour la responsabilité du locataire en vertu de son contrat de location, voir Cass. 19 janv. 1898, D. P. 1898, I, 175.

Pour la responsabilité du fermier en vertu de son contrat de bail, voir Grenoble, 19 juin 1866, D. P. 1866, 2, 196. — Req. 12 juin 1855 et Bourges, 14 août 1854, D. P. 1855, I, 422. — Bourges, 7 déc. 1885, S. 1886, 2, 107.

(2) « Le propriétaire qui envoie au loin un navire, source de périls pour les tiers, introduit (dit M. Ripert, 3^e édition, tome I, pp. 917-918), dans les dangers de la navigation, un danger nouveau ; il lance sur la mer des activités, dont il ne tient peut-être pas les fils, mais auxquelles il a donné l'impulsion première ; il doit supporter l'éventualité des risques créés par ces hommes qui sont les siens et répondre du préjudice qui peut résulter de leur faute. » Or, si au lieu du propriétaire, c'est l'armateur qui donne à ces activités l'impulsion première, il est bien évident que ce sera à lui de supporter les risques de l'entreprise. Dans le même sens, Danjon, II, pp. 239-240.

(3) Exemple : Levillain, note D. P. 1878, I, 193.

§ 3. — *Conclusion du premier chapitre.*

Nous avons vu de quelle manière s'est déroulée l'évolution jurisprudentielle et comment les arrêts, en faisant appel à des critères divers, ont réussi à étendre constamment, le domaine de la responsabilité des commettants. A chacune des trois périodes envisagées, correspond une conception différente de la notion de préposé. Pour les auteurs *classiques*, le préposé est une personne dont la condition se rapproche sensiblement de celle du simple *domestique*, auquel on donne des ordres et qui vous obéit (1). Pour les auteurs *sociaux*, le préposé est quelque chose de plus qu'un simple domestique : sa condition est celle d'un *ouvrier salarié*, travaillant pour un patron qui recueille les profits de l'entreprise (2). Enfin, dans la période que nous avons appelée *moderne*, la condition du préposé est celle d'une personne exerçant une fonction pour

(1) « Edictées l'une et l'autre par l'art. 1384 § 5, la responsabilité du maître et du commettant se présentent (dit M. Flour, thèse précitée, p. 109) comme deux aspects de la même règle. Aussi étroitement unies, elles ne peuvent régir que des situations juridiquement très voisines. Là est, du point de vue rationnel, le principe directeur. Or, l'élément caractéristique dans la situation du domestique est l'état de subordination et de dépendance où il se trouve résultant de l'obligation pour lui d'obéir dans l'accomplissement de son travail aux ordres que son maître est en droit de lui donner. » D'ailleurs « telle était bien l'opinion de Pothier (Obl. n° 121) qui n'avait en vue, surtout, que les domestiques ». (Triandafil : L'idée de faute et l'idée de risque, thèse, Paris, 1914, p. 79). Voir aussi l'exposé des motifs de Treilhard au Corps législatif, qui ne parle que des domestiques (Lacré, XIII, p. 31).

(2) « Le préposé tendait ainsi à se confondre avec le salarié, lié au patron par un contrat de travail, et placé sous sa dépendance économique (Savatier, note sous Req. 1^{er} mai 1930 et Civ. 24 juil. 1930, D. P. 1930, I, 137, p. 139, note 2).

le compte d'autrui (1) ; pour tout dire, et anticipant un peu sur le chapitre des sources, que nous allons étudier bientôt, sa condition est celle d'un *gérant d'affaires*.

Le rapport de commettant à préposé qui était, au début, un rapport de *subordination* et de *dépendance*, qui est devenu, par la suite, un rapport de *rémunération*, a fini par se résoudre en un simple rapport *fonctionnel*.

Jusqu'ici, nous n'avons assisté qu'au déroulement purement descriptif des périodes ; nous avons vu la jurisprudence rejeter certaines idées ou certains critères, en adopter d'autres... Mais nous n'avons pas encore donné le *pourquoi* de cette évolution, l'explication théorique, à *posteriori*, de ce changement réel et incontestable. Nous verrons plus loin, au chapitre de l'attribution des risques, les causes qui ont déterminé ces variations et l'importance, en général, de l'idée centrale d'ordre public en notre matière.

Signalons encore, puisque nous parlons de fonction exercée pour le compte d'autrui, le rapprochement que certains auteurs ont déjà tenté (2) entre la responsabilité du fait d'autrui du droit privé et celle du droit public, en comparant la situation des préposés de l'art. 1384 § 5 à celle des fonctionnaires des administrations publiques.

On sait que depuis le célèbre arrêt Blanco rendu par le

(1) « Attendu qu'en principe on entend par « préposé » dans le sens de l'art. 1384 la personne qui tient la place d'une autre dans une gestion déterminée... » (Trib. Civ. de Boulogne-sur-Mer, 20 oct. 1922, *Gaz. Pal.*, 1922, 2, 684, précité (Demoiselle Evrard, ès qualité contre Vve Lebecq et Cleret)).

(2) Ripert, 3^e édition, 1929, I, n° 835, p. 908. — André Demarne, thèse, Paris, 1911, p. 119. — René Garnier, thèse, Rennes, 1927, p. 46, note 2, *in fine*.

Tribunal de conflits, le 8 février 1873 (1), la jurisprudence administrative est définitivement fixée (2) dans le sens que : « L'article 1384 ne régit pas les rapports de l'Etat, du département ou des communes avec leurs fonctionnaires, agents ou employés chargés d'un service public » (Josserand, II, n° 509), ce qui d'ailleurs n'a pour raison d'être que le désir d'éviter aux administrations publiques des charges par trop gênantes...

Cependant, certains auteurs sont allés jusqu'à déclarer, qu'abstraction faite de ces nécessités pratiques, « rien n'empêcherait d'assimiler complètement les préposés du Droit privé et ceux du Droit administratif : le commettant, dans tous les cas, leur a confié une fonction à remplir et l'on pourrait dire que le préposé, au sens de l'article 1384, est le fonctionnaire du Droit privé. » (3). Nous verrons plus loin si ce rapprochement audacieux peut être opéré et dans quelle mesure.

*
* *

Le *moment* où le juge doit se placer, pour apprécier la responsabilité du commettant a changé, lui aussi. Ce n'est plus, comme dans la période classique (sous l'empire du critérium du défaut de surveillance), le moment de la réalisation matérielle du dommage. Mais celui, bien antérieur, où se décide pour le préposé son *entrée en fonction* (4).

(1) Tr. des conflits, 8 fév. 1873, S. 1873, 2, 153.

(2) 29 fév. 1908, S. 1908, 3, 97, note Hauriou ; 11 avril 1908, S. 1909, 3, 49, note Hauriou.

(3) René Garnier, thèse, Rennes, 1927, p. 46, note 2, *in fine*.

(4) V. pour les arrêts qui parlent de l'entrée en fonction du préposé, Angers, 25 janv. 1892 (stat. sur renvoi), D. P. 1892, 2, 465 et Civ. 28 févr. 1894, D. P. 1894, I, 264 (Flornoy c. Comp. de Navig. de la Basse-Loire) précités :

L'intérêt de la question n'est pas négligeable, car c'est à ce moment-là, seulement, que se posera l'importante question des « critères » auxquels le juge aura recours pour trancher le problème si délicat de l'attribution des risques (1).

*
* *

Nous avons vu la *nature* du lien qui relie le commettant à son préposé (rapport *fonctionnel*) et le *moment* de l'appréciation de la responsabilité des commettants par le juge (moment de l'*entrée en fonctions*) en même temps que les conditions essentielles de la responsabilité édictée par l'article 1384 § 5 du Code Civil (*exercice* d'une *fonction* pour le *compte d'autrui* et *dommage* causés par le préposé dans l'*exercice* — ou à l'*occasion* — de ladite *fonction*). Voyons maintenant les sources du rapport fonctionnel.

« Attendu que la fonction du préposé ou domestique peut être de faire pour son commettant ou pour son maître une chose l'obligeant à s'éloigner de celui-ci et supposant soit des instructions données seulement au moment de l'*entrée en fonctions*... soit même simplement la croyance du commettant à une aptitude spéciale du préposé. » Rapprocher aussi de Carver (délégué anglais à la Conf. mar. int. de Londres, 1899) qui parle de la responsabilité de l'armateur subsistant au moment de l'accident, telle qu'elle était « au *début* de l'aventure » (*Bull. du Comité int. mar.*, n° 6, p. 120). D'ailleurs, les auteurs classiques reconnaissent eux-mêmes que les « instructions » que le commettant donnerait à son préposé au moment de son entrée en fonctions suffiraient pour que le mécanisme de l'art. 1384 § 5 puisse jouer.

Ainsi, M. Flour, thèse précitée, p. 142, note 1 :

« Il n'est pas nécessaire qu'elles (les instructions) soient données en cours de travail, elles peuvent l'être au moment de l'*entrée en fonction*, ou, s'il s'agit d'une mission permanente, au moment où une tâche nouvelle est entreprise. »

(1) V. Planiol, note D. P. 1892, 2, 465.

Pour ce point, v. notre chapitre des critères, p. 154.

DEUXIÈME CHAPITRE

Les sources du rapport fonctionnel.

Sur ce chapitre, les auteurs sont généralement d'accord, pour reconnaître que les rapports de commettants à préposés peuvent découler tout aussi bien d'un *contrat*, que d'une simple convention (soit expresse, soit tacite), passée par les parties (1).

Et tout d'abord, enseignent les auteurs, la nature civile ou commerciale du contrat est indifférente (2).

(1) V. Mazeaud, I, n° 876, p. 619. — Planiol et Ripert, VI, n° 646, éd. 1930, p. 874. — Laurent, XX, n° 571, etc...

(2) En droit romain, le contrat d'où découlait le rapport de préposition était, généralement, un contrat *commercial* qui a pour objet la gestion d'un négoce que le commettant confie au préposé « Institor est qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur » L. 18 dig. De instit. act. Toutefois, elle peut avoir pour objet toute question de même ordre et purement *civile*, par exemple la gouverne d'une maison ou d'une exploitation rurale (Sourdat, II, n° 886). Au XIX^e siècle, on considérait encore le contrat d'où découle le rapport de préposition comme un « contrat de nature particulière... tenant du mandat et du louage de services. » V. Flour, th. précitée, p. 211, note 1 et aut. cités. Cette conception a, depuis, beaucoup vieilli, et la doctrine considère, aujourd'hui, que la nature du contrat est indifférente. V. Demogue : Obligations, tome V, n° 914 et : De la responsabilité civile, p. 74. V. aussi Dijon, 24 juin 1931, D. H. 1931, 530.

Une autre distinction traditionnelle — et sur laquelle les auteurs sociaux insistent beaucoup — semble bien plus intéressante. C'est la distinction bien connue entre le contrat de travail (ou de louage de services) d'une part (1) et le contrat d'entreprise (ou de louages d'ouvrages) d'autre part (2). Si, dans cette dernière hypothèse, la responsabilité sera écartée par les juges, c'est pour cette raison — pensons-nous — que l'entrepreneur indépendant n'exerce nulle fonction pour le compte d'autrui, mais au contraire déploie son

(1) Pour le louage de service, voir à titre d'exemple (services de chauffeur), Trib. Civ. de Langres, 3 juin 1926 et Dijon, 20 juil. 1927, D. P. 1928, 2, 13 et note André Besson (Guichard c. Chesser) précité. — Trib. de Commerce de Cannes et sur appel, Aix, 18 juil. 1925, cass. par Civ. 3 déc. 1928, *Gaz. Pal.*, 1929 (1^{er} sem.), 175.

Pour le louage de service et de chose, v. (affrètement de navire) Angers, 25 janv. 1892, D. P. 1892, 2, 465 précité.

(2) Pour les arrêts écartant l'application de l'art. 1384 § 5 au cas de contrat de bail, citons : Grenoble, 19 juin 1866, D. P. 1866, 2, 196. — Req. 12 juin 1855 rej. Bourges, 14 août 1854, D. P. 1855, I, 422.

Au cas de contrat d'entreprise :

— (Travaux de mines) : Req. 4 févr. 1880, D. P. 1880, I, 392. Orléans, 18 juil. 1867, D. P. 1867, 2, 136. — (Construction de maison) : Lyon, 20 janv. 1863, D. P. 1863, 2, 199. — (Travaux de maçonnerie : Req. 17 mai 1865 rej. Nîmes, 27 janv. 1864, D. P. 1865, I, 372. — (Travaux de cheminée) : Douai, 26 déc. 1865, D. P. 1866, 2, 237. — (Travaux agricoles) : Bourges, 23 janv. 1865, conf. Trib. Civ. de Nevers, 31 août 1866, D. P. 1867, 2, 197. — (Construction de mur mitoyen) : Nancy, 10 nov. 1900, D. P. 1901, 2, 417. — (Entreprise de transport) : Trib. Civ. de Boulogne-sur-Mer, 20 oct. 1922, *Gaz. Pal.*, 1922, 2, 684, précité. — (Déchargement de navire) : Bordeaux, 18 janv. 1922, *Gaz. Pal.* 1926 (1^{er} sem.) 384. (Entreprise de transports) Dijon Chamb. corr. 24 juin 1931 D. H. 1931, 530 précité. V. aussi (acte de réquisition de l'armée) Trib. de Boulogne-sur-Seine, 21 juil. 1916 S. 1917, Bull. des somm., 2, 4.

activité pour son propre compte, son compte personnel et entend toujours assumer les risques de son entreprise.

Est-il besoin, d'ailleurs, d'un contrat de travail (ou de louage de services) pour faire naître, entre commettant et préposé, le rapport fonctionnel? La conception classique, qui assimilait le préposé à un domestique, de même que la conception sociale qui l'assimilait à un ouvrier salarié, semblaient exiger un pareil contrat (1). Mais ces deux conceptions ont été dépassées par la jurisprudence moderne qui fait ressortir le lien fonctionnel d'une simple convention (2).

Bien plus, nous verrons ce rapport fonctionnel naître, non pas seulement d'un accord de volontés (d'un contrat ou d'une convention), mais encore d'une manifestation unilatérale de volonté, notamment d'une *gestion d'affaire*.

Ce point, cependant, est généralement contesté et la doctrine semble se partager, à ce point de vue, en deux camps de valeur numérique bien inégale. D'une part, tous les auteurs classiques et la très grande majorité des auteurs so-

(1) V. Waline, note au D. P. 1929, 1, 154.

(2) C'est tout le domaine des relations de complaisance : ex. d'accords par lesquelles la conduite d'une automobile est confiée à un parent ou à un ami : V. (père et fils) : Paris, 14 mars 1930 et Req. 18 avril 1932, D. H. 1932, 284 précité — (frère et sœur) : Trib. corr. de Bayonne, 24 mai 1923 et Pau, 22 févr. 1924 Gaz. Pal. 1924, 1, 744 — (concubine) : Trib. corr. de Casablanca. 13 juin 1930 et Crim. 6 mars 1931, Gaz. Pal 1931 (1^{er} sem.), 537 précité (ami) : Trib. Saintes, 12 juil. 1930, S. 1931, 2, 28 précité ; de même Alger, 21 juin 1913, Crim. 24 oct. 1913, D. P. 1918, 1, 62 (seconde espèce) — (mère et fils) : Trib. Corr. de Saint-Quentin, 9 mai 1930 (2^e sem.) 630, précité. — (parent) : Trib. civ. de Langres, 7 juin 1926, Dijon, 20 juil. 1927, D. P. 1928, 2, 13 précité.

ciaux, qui sont d'accord pour refuser l'application de l'article 1384 § 5 du Code Civil à la gestion d'affaires (1). D'autre part, et tout seul à notre connaissance, M. Demogue, aux vues duquel nous sommes heureux de rendre, ici, hommage (2).

« La qualité de préposé (écrit M. Flour, *op. cit.*, p. 231, note 5) doit, de même, être refusée au gérant d'affaires, qui, par définition, a agi de son propre mouvement... ; sur ce point, il ne paraît pas exister de jurisprudence ». Et M. René Garnier est encore plus énergique : « Ce caractère de spontanéité appartenant aux actes accomplis par le gérant d'affaires exclut toute assimilation avec les actes accomplis par le préposé. Nous n'insisterions pas plus longtemps si M. Demogue, dans la *Revue trimestrielle de Droit Civil*, n'avait prétendu rendre un commettant responsable des actes d'un gérant d'affaires. Il envisage en effet l'espèce suivante : le propriétaire d'une automobile étant absent, un de ses amis se sert de sa voiture, mais dans l'intérêt exclusif du propriétaire et en conduisant provoque un accident. M. Demogue se borne d'ailleurs à énoncer cette solution sans en donner de raisons juridiques (!). Son opinion n'a

(1) Pour les auteurs classiques voir : Lalou : La Responsabilité civile, n° 496 ; Mazeaud : Tr. th. et prat., 1, n° 948, p. 662 ; René Garnier, th. Rennes 1927, p. 82 ; Rutsaert, thèse Paris, 1930, p. 130 (implicitement) ; Jacques Flour, thèse Caen 1933, p. 231, note (5).

Pour les auteurs sociaux voir :

Paul Dewisme, thèse Paris, 1908, p. 21 ; René Dallant, thèse Poitiers, 1927, p. 105.

(2) Demogue, chronique dans Rev. Trim. de Dr. Civ. 1913, p. 619.

jamais, à cet égard, été suivie, par aucun Tribunal, ni adoptée par aucun auteur... » (1).

Or, nous pensons, au contraire, que la jurisprudence s'est déjà prononcée sur cette question et, à ce propos, nous rappellerons l'arrêt de la Cour d'Appel de Nancy du 5 décembre 1896 (2) où le rapport fonctionnel dérivait, non pas d'une situation contractuelle, mais d'une situation « quasi-contractuelle » et plus exactement d'une *gestion d'affaire* (3).

On se rappelle les circonstances de la cause : Bregeot, cocher de l'Hôtel de l'Europe et préposé de Schwenninger, a remplacé, pour quelques instants, son camarade Dupuis, le cocher du Grand Hôtel, dirigé par Philippe et, causant dans l'exercice de ses fonctions un accident engagea, par ce seul fait, la responsabilité de ce dernier.

Or, Bregeot n'avait aucunement été au service de Philippe et aucun contrat, aucune convention ne le reliait à ce dernier. Il n'était pas son subordonné et Philippe ne lui avait confié aucune fonction. C'est Bregeot, qui, de son propre mouvement, s'était mis, à un moment donné, au service de Philippe, devenant, ainsi, le préposé temporaire de ce dernier : « A partir du moment (dit l'arrêt) où il a pris la direction de l'omnibus... il doit être considéré comme ayant été, jusqu'au retour de Dupuis, au service de Philippe. »

(1) René Garnier H. préc. p. 83. V. dans le même sens Mazeaud, 1, n° 948.

(2) Nancy, 5 déc. 1896, D. P. 1897, 2, 455 conf. (Laurent contre Philippe et Schenninger précité p. 78.

(3) Il est vrai que des arrêts de ce genre ne se rencontrent pas très souvent dans les recueils de jurisprudence ; mais le fait qu'ils sont assez rares, n'enlève rien à leur valeur.

Rien ne s'oppose, par conséquent, à ce que l'on considère le gérant d'affaires comme un préposé (1).

(Une remarque importante doit être faite ici. Ce n'est pas le fait de *confier* une fonction à autrui qui détermine les rapports de commettant à préposé (2). Mais plus exactement, c'est le fait, de la part du préposé, d'*exercer* cette fonction pour le compte d'autrui. Ce n'est donc pas du côté du commettant (pour le compte de qui l'activité du préposé s'exerce) qu'il faut se placer, mais plutôt du côté de celui qui déploie ladite activité ; car peu importe que la fonction ait été confiée au préposé ou bien qu'elle ait été spontanément assumée par lui) (3).

De la gestion d'affaires, il faut aussi rapprocher, non seulement le cas du *mandat*, mais encore ces rapports à titre gratuit (qui se forment si souvent entre personnes désireuses de se rendre mutuellement service), que M. Demogue a appelé « *rapports mondains* » ou « rapports de complaisance » (4) et qui suffisent, comme nous le savons, à engager la responsabilité de l'intéressé au cas de dommage causé

(1) Demogue, Obligations, Tome 5, v. n° 893, p. 85 : « ... si on se place au point de vue risque et profit, il faut dire que le maître répond des délits commis dans la gestion d'affaires régulière... Il répondra même des sous-préposés ».

(2) Et sur ce point nous sommes d'accord avec les auteurs classiques (voir Flour *op. cit.* p. 249).

(3) M. Flour lui-même semble reconnaître (p. 205) que le préposé « peut s'être mis à sa disposition » (à celle du commettant) de son plein gré sans s'y être d'abord obligé ».

V. de même Paniol Ripert Esmein VI, 646 ; Demogue, v. 880-914, Rev. Trim. 1924, 346.

(4) Demogue : Obligations, t. V. n° 920, p. 121 : « entre le chauffeur et son ami il y a un rapport de nature spéciale que nous avons appelé parfois « rapport mondain... »

aux tiers par la personne qui s'est complaisamment obligée.

Le contrat de travail (ou contrat de louage de services, comme on l'appelait autrefois) n'est donc pas la source unique du rapport de commettant à préposé. Ce dernier peut tout aussi bien naître d'un *mandat*, d'une *gestion d'affaires*, d'un *rapport mondain* ou de complaisance, et, en général, de toute situation de droit, ou de fait, par laquelle une personne *assume pour le compte d'une autre l'exercice d'une fonction déterminée*.

Rapprochons maintenant, le cas du gérant d'affaires de celui du préposé, qui agit en vertu d'un contrat nul. Engagera-t-il la responsabilité du commettant ? A notre avis, la question ne saurait faire de doute ; et c'est dans ce sens que M. Demogue dit « que la responsabilité dérive plutôt d'un *état de fait* que d'un lien de droit » (1) ; par « *état de fait* » il faut sans doute entendre le fait de l'exercice d'une fonction pour le compte d'autrui (2).

(1) « Si la désignation d'un préposé a eu lieu en vertu d'un contrat nul, le commettant est-il responsable ? Nous estimons que la responsabilité dérive plutôt d'un état de fait que d'un lien de droit... Peu importe que le contrat soit annulable pour incapacité des parties, pour erreur. » (Demogue, V. n° 800, p. 82) Alger, 28 nov. 1900, Mon. Lyon, 29 mai 1901, cité par ce dernier. Dans ce même sens Mazeaud, 1, n° 876, p. 620, Bahgat, thèse 1929, p. 77.

(2) A ce point de vue, les critiques que M. Flour adresse à M. Demogue ne sauraient nullement être justifiées :

« Cette formule (écrit M. Flour) a sans doute le mérite de montrer clairement que l'interprète doit tenir compte de la pratique effectivement suivie au lieu de limiter ses recherches à l'examen des conventions ou des relations existant entre les parties. Mais elle semble impliquer une prééminence du fait sur le droit, qui ne peut être acceptée (Flour, th. préc. p. 209).

Ces propos s'expliquent assez bien chez un auteur qui refuse

*
**

Ceci nous amène à ouvrir une parenthèse et à examiner rapidement le problème que soulève la responsabilité des *sous-préposés*.

Sous quelles conditions doivent-ils être considérés comme ayant acquis cette qualité à l'égard du commettant?... Faut-il que le commettant ait autorisé son préposé de prendre un auxiliaire? Nous ne le pensons pas. Et nous avons vu, plus haut (p. 142, note 1), que M. Demogue admet, qu'au cas de gestion d'affaires, le commettant « répondra même de ses sous-préposés » (1). Mais il faudra, bien entendu, qu'il s'agisse d'une gestion d'affaires « régulière » (2); le juge distinguera donc d'après les circonstances et suivant que l'activité, par laquelle le sous-préposé s'est immiscé dans des fonctions qui n'étaient pas les siennes, eu ou non un caractère ou un but *licite*. En d'autres termes, l'on distinguera la *gestion d'affaires proprement dite*, de ce que l'on pourrait appeler : « *l'usurpation des fonctions* ».

Si donc, il est prouvé que le sous-préposé avait réellement l'intention de gérer l'affaire d'autrui, ou si, vraiment, il

au gérant d'affaires la qualité de préposé. On vient de voir les raisons pour lesquelles, nous ne saurions adopter un point de vue aussi restrictif, aussi étroit.

(1) Voir cependant l'opinion plus ancienne de M. Demogue « De la responsabilité civile des délits » Paris 1898, p. 74, selon laquelle les commettants ne sont responsables qu'autant que « le premier agent a été autorisé à prendre des agents secondaires ». V. Cass. 5 nov. 1855, S. 1855, 1, 355, cité par ce dernier. V. aussi Laurent XX, n° 574.

(2) Demogue : V. n° 893, passage précité.

avait agi, en fait, pour le compte ou dans l'intérêt d'une personne déterminée, la responsabilité civile de cette dernière sera engagée, à titre de commettant (1). Au contraire, s'il est prouvé que le soi-disant sous-préposé n'est qu'un « usurpateur de fonctions » qui, par des moyens illicites ou abusifs ne recherchait de toute évidence, que son propre intérêt personnel, nous pensons que le commettant ne saurait être déclaré responsable (2).

Mais avec ces dernières considérations, nous touchons à une matière toute différente : à celle de « l'abus des fonctions » et c'est là, l'extrême limite qu'une étude comme la nôtre, exclusivement consacrée à la première condition d'application de l'article 1384 § 5 et à la notion de préposé, ne saurait impunément dépasser sans sortir du cadre primitivement assigné. Le lien, qui unit l'acte dommageable à la fonction exercée pour le compte d'autrui n'est pas toujours bien solide et résistant ; dans certains cas, les circonstances sont telles, que l'acte abusif perd tout point de contact avec la fonction à laquelle on voulait encore le rattacher, et se résoud manifestement en un simple fait personnel, exclusivement imputable, au point de vue des réparations civiles, à l'auteur du dommage. Avec l'usurpa-

(1) Et ceci en dehors de toute autorisation préalable de remplacement ou de toute ratification ultérieure de l'activité du sous-préposé.

(2) « Il est possible qu'un tiers (dit M. Flour, p. 274), usurpant certains signes extérieurs d'une fonction donnée, réussisse, ainsi, à se faire passer pour le préposé d'une personne déterminée, à laquelle il n'est uni par aucun rapport » (cette dernière...) « n'encourt donc pas de responsabilité ».

Cf. Beudant IV, n° 1214 ; Bastide d'Izard, th. Montpellier, 1925, p. 65.

tion des fonctions, on sort donc de l'article 1384 § 5 du Code Civil et l'on pénètre sur le domaine, tout différent, des articles 1382 et 1383. Cette limite extrême de « l'abus des fonctions », est, d'ailleurs, bien difficile à préciser. Elle varie suivant les circonstances et leur appréciation psychologique par le juge. De là, toutes ses incertitudes.

*
* *

Nous disions tout à l'heure qu'il fallait rapprocher de la gestion d'affaire le cas du mandat. Ceci nous amène à examiner la question bien intéressante et bien délicate des rapports de *l'idée de préposition* et de *l'idée de représentation*.

De même que s'étaient rapprochées (jusqu'à se confondre l'une l'autre) l'idée de préposition et l'idée de garde sur le terrain des dommages causés par les accidents d'automobile (au cas où la voiture a été confiée à autrui, de même l'idée de préposition et l'idée de représentation se rencontrent sur le domaine qui leur est commun des dommages causés aux tiers par le représentant (conventionnel ou légal) du civilement responsable (1).

A l'inverse cependant de ce que nous avons constaté à propos de ces deux premières idées, nous verrons que celles de préposition et de représentation, demeurent toujours parfaitement distinctes, et que le domaine de l'une n'empiète jamais sur le domaine respectif de l'autre.

Que le mandant puisse être rendu civilement responsable

(1) Nous laisserons de côté, pour le moment, les cas de représentation légale, pour n'examiner, de plus près, que le cas de représentation conventionnelle ou de mandat.

des délits ou quasi-délits commis par son mandataire à l'occasion de l'exercice de son mandat et qu'il le soit précisément à titre de commettant sur le fondement de l'article 1384 § 5 du Code Civil, voilà ce qui est généralement admis par la majorité de la doctrine contemporaine (1).

Au contraire, on appliquera aux dommages que le mandataire aura pu causer aux tiers co-contractant dans l'exercice de son mandat, les règles de la responsabilité contractuelle insérées dans l'article 1998 du Code Civil.

« Si la faute commise par le mandataire (dit M. Mazeaud) a trait à ce contrat, la responsabilité susceptible d'incomber au mandant est une responsabilité contractuelle... » Au contraire, si la faute... n'a pas trait au contrat, la question se pose de savoir si l'article 1384 § 5 peut engager la responsabilité du mandant. » (2).

La distinction est donc bien nette :

Toute faute commise par le mandataire dans l'exercice de ses fonctions (concernant soit la *conclusion*, soit l'*exécution* d'un contrat au nom du mandant) n'engagera que la responsabilité contractuelle de ce dernier, sur le fondement de l'art. 1998 du C. Civ.

Au contraire, la faute que le mandataire aura pu commettre, non pas dans la conclusion ou l'exécution du contrat, mais en dehors du contrat, à l'occasion de ladite conclusion ou exécution, par un véritable *abus* de ses fonctions

(1) Colin et Capitant II, p. 716, éd. ; Demogue I, n° 137 et v. n° 900 ; Sourdat II, n° 886, p. 113 ; Mazeaud I, n° 943, p. 619 ; Thallier, Traité, n° 412 ; Percerou : Les abus de la raison sociale, Annales du dr. comm. 1898, p. ; Wahl, note au S. 1895, 1, 241 ; Becqué : Revue Trim., 1914, p. 155.

(2) Mazeaud, I, n° 943, p. 619, précité.

de mandataire, n'engagera que la responsabilité délictuelle du mandataire, tenu en tant que commettant sur le fondement de l'art. 1384, § 5 du C. Civ. à réparer le préjudice injustement souffert par la victime.

L'idée de préposition et l'idée de représentation nous semblent donc concerner des domaines d'application parfaitement distincts.

Pourtant ce point est généralement controversé (1).

Une théorie dont Chironi a été le promoteur a tenté de réduire ces deux principes à l'unité, en englobant l'idée de préposition sous le couvert d'un principe plus vaste de « représentation au sens large du mot ».

Le rapprochement était bien tentant et ces auteurs ne faisaient assurément que céder à un penchant bien naturel de l'esprit humain, qui recherche, dans la diversité des phénomènes ou des principes, l'unité avant tout (2).

D'ailleurs au point de vue du fondement, (et sur ce point nous sommes bien obligés d'anticiper un peu sur la fin de notre étude) les deux responsabilités, celle du commettant pour les faits de son préposé, et celle du mandant pour les faits de son mandataire, reposent — pensons-nous — sur la

(1) Pour la confusion de l'idée de préposition et de l'idée de représentation : Chironi *extra contrattuale*, 1, n° 156 ; H. et L. Mazeaud, 1, n° 935, p. 654 ; René Dalland, note au D. P. 1931, 1, 171, p. 174, col. 2.

Contre la confusion de ces deux idées distinctes : Becqué, « De la responsabilité du fait d'autrui » en matière contractuelle (contribution à l'étude du dr. comparé des obligations) dans *Rev. trim.* 1914, p. 251 et suiv. ; Lalou : *La responsabilité civile*, n° 523 ; Demogue : note au S. 1924, 1, 105.

(2) « A la rigueur (écrit M. Demogue) l'assimilation de ces deux idées pourrait être faite (Demogue, t. 5, n° 883, p. 77).

même idée *de risque créé* (1). Leur but est aussi évidemment le même puisque, de part et d'autre, c'est le dédommagement de la victime qu'il importe d'assurer avant tout.

Mais là s'arrêtent à notre avis les analogies (qui sont communes non seulement à ces deux ordres de responsabilité, mais encore à la responsabilité du fait des choses, et à la responsabilité du fait des animaux) et qui, à elles seules ne justifieraient pas la confusion que les partisans de la théorie de la « représentation au sens large du mot » voudraient pouvoir imposer.

En vérité, n'y a-t-il pas entre la représentation et la préposition cette différence au moins : dans le premier cas, la personne qui pourra éventuellement souffrir un préjudice des suites de l'activité du mandataire, est connue

(1) Dans notre droit, le débiteur ne peut pas échapper à la responsabilité contractuelle pour ses auxiliaires, ni le commettant à la responsabilité délictuelle pour ses préposés : c'est ce qui explique la confusion que l'on fait entre les deux situations. C'est ce qui explique que l'on se borne trop souvent en matière de responsabilité contractuelle pour autrui à renvoyer faussement à l'article 1384 du Code Civil ». Becqué : De la responsabilité du fait d'autrui (Contribution à l'étude du droit comparé des Oblig.) dans Revue trim. 1914, p. 288. « Au contraire la distinction entre la responsabilité contractuelle pour autrui et la responsabilité délictuelle pour autrui apparaît particulièrement importante dans les législations » (comme la législation allemande, la législation suisse, etc...) « qui font reposer la responsabilité délictuelle pour autrui sur la notion subjective de faute ». Voir à cet égard l'exemple typique de M. M. Schneider et Fick cités par Virgile Rossel dans son Manuel du Droit Fédéral des Oblig. 1892, p. 152 cité par Becqué, p. 289. En l'espèce une voiture chargée de houille va rouler dans un précipice après avoir écrasé un enfant. L'entrepreneur de transport, contractuellement tenu à des dommages-intérêts envers le propriétaire de la houille perdue, échappe cependant à l'action délictuelle intentée par le père de l'enfant. Résultat inique que la législation française évite en édictant dans l'art. 1384, §, du Code Civil une responsabilité irréfragable fondée sur le risque créé.

par ce dernier bien avant le moment de la réalisation matérielle du dommage ; en traitant avec le mandataire cette personne regarde, pour ainsi dire, par dessus la tête de celui-ci, le mandant qui se tient derrière et qui *consent*, par l'intermédiaire de son agent, à traiter avec elle (1) ; tandis qu'au cas de préposition, la « future victime » du dommage est forcément inconnue et, — de toute évidence, — le commettant n'a nullement l'intention, lorsqu'il confie au préposé une fonction déterminée, de se faire « représenter par ce dernier auprès d'elle, et pour cause ?...

A notre avis, on ne saurait donc à propos de préposition évoquer l'idée de « représentation », même si l'on donnait à ce dernier terme le sens le plus large qu'il serait possible de lui assigner.

D'ailleurs, la conséquence à laquelle aboutit la théorie de M. Chironi, à savoir la « confusion » qui s'opérerait entre la personnalité du commettant et celle du préposé (à l'instar de celle qui s'opère entre la personnalité du mandant et celle de son mandataire, et en général entre celle du *représenté* et celle du *représentant*) devrait susciter, dans l'esprit des auteurs classiques, partisans de cette idée, quelque embarras : car ce sont justement ces auteurs qui proclament, comme nous le verrons, le principe du droit de recours du même commettant contre le même préposé (2). Or, ces deux idées s'accordent mal ensemble (3).

(1) En d'autres termes, il y a de la part de la future victime ce que les auteurs appellent la « *contemplatio domini* ». Voir Popescu Ramniceano, Th. Paris, pp. 300-305-306. V. Flour, Th. Caen, 1933, p. 224.

(2) V. Mazeaud, I, n° 927, p. 647. V. Flour, Th. précitée, p. 51...

(3) Il est vrai que ces auteurs concilient ces deux idées contradictoires en disant que « la confusion » n'opère que vis-à-vis des tiers, mais non pas entre les parties. C'est là une idée bien

Il nous semble donc que les partisans de la théorie de la « confusion » négligent de distinguer entre deux moments, parfaitement différents : à savoir le moment de la *réalisation du dommage* et celui — bien antérieur — où la fonction est *confiée* par le commettant à son préposé.

Nous savons quelles différences séparent à ce point de vue la conception classique (du critérium de la surveillance et de l'autorité) de la conception moderne se rattachant à l'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui. Si, avec les auteurs classiques, on considère le moment où la surveillance du maître a été absente, où son autorité a été défaillante (ou excessive), le moment, en un mot, de la *réalisation du dommage*, — il est certain que l'on peut, au cas de préposition comme au cas de représentation, faire abstraction de la personnalité du préposé : la victime s'adressera directement au civilement responsable : La « confusion » dont il s'agit pourra opérer sans aucune difficulté.

Mais plaçons-nous maintenant, avec la jurisprudence moderne, au seul moment où la responsabilité du commettant doit être appréciée : au moment de *l'entrée du préposé en fonctions*. Il est clair que la différence que nous avons indiquée entre l'idée de préposition et l'idée de représentation apparaîtra en pleine lumière, car il est évident qu'à ce moment-là, des rapports juridiques se nouent entre trois personnages différents : le mandant, le mandataire et le co-contractant. Tandis qu'au même moment, les relations qui se nouent entre commettant et préposé ne regardent que ces deux personnages, et personne d'autre.

critiquable, comme nous le verrons au chapitre du droit de recours. V. p. 208 note I, Conf. Tesseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Th. Paris, 1901, pp. 245-246.

Pour tout résumer en un seul mot, entre l'idée de préposition et l'idée de représentation, il y a toute la distance qui sépare (et qui séparera toujours) le domaine *contractuel* du domaine *délictuel* de la matière de la responsabilité et des obligations.

La thèse de M. Chironi « a le défaut (dit M. Demogue) de partir d'une idée de représentation et spécialement de confusion entre représentant et représenté. Elle adopte une conception que nous avons critiquée. En outre elle fait de l'idée de représentation qui est une idée adaptée aux obligations *contractuelles* et seulement par extension aux obligations légales, un emploi nouveau qui est discutable » (1).

Il nous semble donc que rejeter la distinction entre l'idée de préposition et l'idée de représentation c'est méconnaître la distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle (2). Les deux idées de représentation et de préposition demeurent donc essentiellement distinctes.

Nous n'avons parlé au cours de ces quelques pages que du mandataire (représentant conventionnel du civilement responsable). Il y aurait lieu de rappeler, en ce qui concerne le *mandataire légal*, que la doctrine est divisée sur la question de savoir si on doit ou non le considérer comme un préposé. Les auteurs classiques qui se rallient au critérium de l'autorité et qui refusent systématiquement la qualité de préposé au capitaine de navire (3) au gérant d'af-

(1) Demogue, V, n° 883, p. 77.

(2) Mais la tendance générale des auteurs classiques n'est-elle pas de tout ramener au contrat ?

(3) V. p. 115.

faire (1) ou au mari conduisant l'automobile de sa femme n'iront pas (2) l'accorder naturellement au *tuteur* représentant les intérêts de son pupille (3).

Les auteurs sociaux inclinent cependant, dans le sens contraire (4). En effet, si l'on adopte avec la jurisprudence moderne l'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui, on ne voit pas la raison pour laquelle on écarterait la responsabilité délictuelle du représenté (du mineur) du fait des dommages causés aux tiers par le représentant légal (le tuteur) à l'occasion de l'exercice de ses fonctions d'administrateur légal à lui confiées.

Sur ce terrain l'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui semble ouvrir à la jurisprudence des perspectives nouvelles.

■
* *

Après l'étude des *conditions* essentielles d'application de l'article 1384, § 5, et de la *nature du rapport* de commettant à préposé, après l'étude des *sources* d'où ce rapport découle, voyons maintenant de quelle manière le juge entend résoudre en pratique, le problème si délicat de l'*attribution des risques*.

(1) V. p. 140.

(2) V. p. 82 et suiv.

(3) Aubry et Rau, 5^e édition, IV, 343 *bis*, note 28 ; Lalou, La responsabilité civile, n° 1040, p. 477 ; Mazeaud, I, n° 947, p. 662.

(4) Demogue, Obligations, tome III, p. 337 et V, n° 900.

TROISIÈME CHAPITRE

Le problème de l'attribution des risques et le rôle du juge.

Lors de l'étude de la notion de préposé et plus particulièrement de la troisième période de l'évolution jurisprudentielle, nous avons analysé — on s'en souvient — des arrêts très nets qui faisaient, en des domaines divers, l'application pure et simple de l'idée moderne de fonction exercée pour le compte d'autrui, sans s'inquiéter de la question infiniment plus délicate de déterminer — au cas de pluralité de commettants — la personne *pour le compte de qui* ladite fonction a pu être en fait exercée. C'est tout le problème de l'incidence de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui (ou bien, comme les auteurs l'appellent encore, de l'« attribution conventionnelle des risques »). Nous allons le reprendre maintenant.

D'ailleurs, n'avions-nous pas, dès ce temps-là, laissé entrevoir les conclusions auxquelles nous devions arriver. Tous ces différents critères de la responsabilité des maîtres et commettants (critères classiques du *mauvais choix*, du *défait de surveillance* ou de l'*autorité*, critères sociaux du *salaire*, des bénéfices ou des *profits de l'entreprise*) qui ont paru déterminants à certains auteurs classiques ou sociaux (puisque étroitement reliés à la notion même de préposé qui constituait la première des

conditions d'application de l'art. 1384 § 5 du Code Civil tous ces éléments, tous ces « signes » divers... — les arrêts ne les ont-ils pas rejetés déjà, en tant que conditions *sine qua non* de la dite responsabilité ? Comment expliquer alors le fait que les auteurs modernes leur prêtent encore quelque attention et qu'ils figurent toujours (à côté d'autres éléments, il est vrai) parmi les motifs de certaines décisions jurisprudentielles ?

Lorsqu'on a commencé, comme nous l'avons fait, par déterminer au préalable les conditions d'application de l'article 1384 § 5 il devient plus facile de trouver l'explication de ce phénomène. Quelle est, en effet, la principale préoccupation du juge, en notre matière sinon d'apprécier les éléments de la cause et de vérifier si les deux conditions essentielles de la responsabilité des maîtres et commettants se trouvent en fait réunies : à savoir, en premier lieu, si la fonction a bien été exercée par le prétendu préposé pour le compte du prétendu commettant ; et si, en second lieu, le dommage causé se trouve relié à l'exercice de ladite fonction par un lien suffisant de cause à effet ?

Mais il est certain qu'au point de vue technique les juges ne peuvent justifier de la vérification dont il s'agit, sans préciser *les motifs* de leur décision, *les éléments de fait* de leur appréciation, les « *critériums* », en un mot, auxquels ils ont eu recours. Si ces derniers jouent un certain rôle, ce n'est donc *qu'en tant que points d'appui* de l'argumentation du juge ; — et leur diversité est telle qu'il serait vain de tenter de les réduire à l'unité, de rechercher, en d'autres termes, le critérium « unique » de la responsabilité des maîtres et commettants. (Le problème, ainsi posé, n'est pas seulement difficile à résoudre : il est tout simplement insoluble). Tout ce que l'on peut dire c'est que sous la

diversité de ces « signes » ou « indices » de responsabilité se cache, à fleur d'eau, cette idée sous-jacente — (que certains arrêts récents ont si bien mise en évidence) — l'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui ; et les auteurs qui la quittent — pour rechercher vainement, au dehors d'elle, le principe unitaire des motifs auxquels parfois elle semble s'attacher — ne tardent pas à voir, avec irritation, le terrain se dérober sous leurs pas.

La conséquence de ce point de vue intéresse directement les pouvoirs d'appréciation dont dispose le juge. Ce dernier devra remonter jusqu'à la source du rapport fonctionnel, c'est-à-dire, dans la très grande majorité des cas, jusqu'au contrat ou à la convention par laquelle le préposé a été mis par son commettant habituel à la disposition d'un commettant occasionnel ; et là, rechercher non pas seulement dans les termes mêmes de cette convention (dans ce que les parties « ont voulu » ou bien « ont sous-entendu ») mais dans les circonstances particulières où l'accord a été conclu, les éléments qui lui permettront de déterminer l'incidence de la responsabilité dont il s'agit.

De ce fait, certes, la liberté du juge est accrue, car il aura toute latitude de choisir entre ces éléments divers ceux qui sembleront convenir le mieux à la réalisation même du but de la loi. En somme, la disposition de l'article 1384 § 5 apparaît moins comme une règle d'application stricte et rigide que comme une directive « souple et équitable » ou, pour employer une expression récente qui a fait fortune, comme un « *standard* » qui laisse au juge de larges pouvoirs d'appréciation (1).

(1) « ... à l'opposé de la règle juridique qui vise à limiter la

Cette liberté, cependant, ne doit pas dépasser certaines limites, sous peine de dégénérer en arbitraire. « ... Ce pouvoir discrétionnaire » (du juge) dit M. GénY « si largement reconnu dans tout le domaine d'exécution du droit ne doit pas se ramener à l'arbitraire, rigoureusement banni des constitutions modernes. Il s'agit seulement d'une appréciation raisonnable basée sur les considérations de justice et d'utilité... Mais parce que cette appréciation s'exerce librement *en dehors d'une formule catégorique préétablie* elle laisse tout son jeu à l'activité individuelle indépendante des restrictions formelles. Et c'est par là qu'elle nous semble se rapprocher de la libre recherche scientifique que nous avons reconnues comme faculté indispensable à l'interprète du droit positif » (1).

liberté du juge en rattachant des solutions certaines à des notions précises, le *standard* ou la *directive*, plus souples et imprécis donnent plutôt au juge une *méthode de solution*. Ils lui indiquent seulement la direction vers laquelle son appréciation doit être orientée et par leur souplesse, qui laisse une grande place « au sentiment intime », à « l'appréciation consciencieuse » du juge, ils permettent à ce dernier de tenir compte et d'adapter plus exactement la solution aux faits ». (Gabriel Marty : La distinction du fait et du droit. (Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fait.) Th. Toulouse, 1929, p. 212).

Sur la notion récente de *standard*, voir l'étude de M. Roscoe Pound (Doyen de l'Ecole de Droit de l'Université de Harvard), « Corporative Law in the formation of American common Law » dans Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé, 1928, t. I, pp. 183-197. Ed. Lambert : Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. Paris, 1921. Voir aussi la préface, p. 10 au livre de Georges Cornil : Le droit privé (Essais de sociologie juridique simplifiée), Paris, 1924. François Geny : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 11^e édition réimpression 1932, t. II, n^o 176, p. 182. Stati (Marcel) : Le standard juridique, Th. Paris, 1927 et la bibliographie citée par ce dernier, p. 8.

(1) François Geny : *op. et loc. cit.*, p. 185.

Toute formule préétablie (imposant tel ou tel critérium déterminé à la conscience du juge) doit donc être rejetée... Le juge pèsera les uns après les autres tous les éléments de la cause et choisira librement. Il importe donc d'examiner de près la manière dont il arrive à extraire de la masse des éléments qui se présentent à lui, ceux d'entr'eux sur lesquels il pourra faire reposer son raisonnement.

Dans les pages qui suivent, nous allons étudier quelques exemples d'arrêts où cette matière nous a paru comme particulièrement marquante et si cette analyse ne nous donnera pas la clef du problème si fuyant et si délicat de l'attribution des risques, du moins nous suggèrera-t-elle peut-être quelque lueur sur la façon dont se forme la conviction intime des juges et sur le mystère de son mécanisme.

*
* *

Dans certaines circonstances, le *choix* ou la *désignation* du préposé, par le commettant habituel qui l'impose au commettant occasionnel, peuvent être retenus par les juges comme des indices de la qualité de commettant.

A cet égard, un exemple très caractéristique nous est offert par un arrêt de la Cour d'Angers du 25 janvier 1892 (1), où le propriétaire d'un navire, qui a loué son bateau avec son équipage à une Compagnie de navigation, est déclaré civilement responsable des fautes commises par ce capitaine et par cet équipage, en raison du fait que le propriétaire, lors

(1) Tr. Civ. de Nantes, 18 avril 1886 et sur appel Rennes, 8 août 1887, conf. et sur pourvoi Civ. 5 janvier 1891 cass. D. P. 1891, 1, 7 ; Angers, 25 janv. 1892 (stat. sur renvoi) D. P. 1892, 2, 465 (1^{re} espèce) et note Planiol et sur pourvoi Civ. 28 févr. 1894, D. P. 1894, 1, 264, rej. (Flornoy contre Comp. de Navig. de la Basse-Loire).

du contrat verbal de louage passé avec ladite compagnie, *avait imposé* à cette dernière l'emploi desdits *préposés*.

En l'espèce, la Compagnie de navigation de la Basse-Loire, qui exploitait un service régulier entre St-Nazaire et Nantes, et dont le bateau « le Rapide » était en réparation, a loué pour quelques jours au sieur Flornoy, armateur à Nantes, l'usage d'un autre bateau « l'Hercule » avec son équipage et son capitaine, Mahé. Or, ces derniers étant le jour du départ de St-Nazaire pris de boisson, un accident arriva, qui coûta la vie à un agent de la Compagnie, qui avait pris place sur le bateau, le receveur Paradis ; par suite, la veuve de ce dernier intenta une action en dommages-intérêts devant le Tribunal Civil de Nantes, tant contre le capitaine Mahé et la Cie de la Basse-Loire, que contre le sieur Flornoy, propriétaire du bateau.

Le Tribunal Civil de Nantes, de même que la Cour de Rennes, condamnèrent ce dernier. Mais la Chambre Civile cassa l'arrêt de la Cour d'Appel pour des raisons tirées du critérium de l'autorité : « Durant le temps de la location, équipage et navire (disait-elle), étaient placés sous l'autorité de la Cie locataire, qui avait préposé à St-Nazaire un agent chargé de surveiller le service... ; que, dès lors (Flornoy), n'ayant ni ordres, ni instructions à donner à Mahé, capitaine de l'*Hercule*, il n'était point responsable des fautes que celui-ci avait pu commettre. »

Or, la circonstance que le capitaine Mahé n'avait pas d'ordres à recevoir de la part de Flornoy, était loin d'être déterminante dans l'espèce. Aussi, la Cour d'Angers statuant sur renvoi, insiste-t-elle sur une autre circonstance de fait, plus significative... : « Attendu (dit la Cour d'Angers) qu'en affrétant l'*Hercule*, la Compagnie de Navigation de la Basse-Loire voulait y employer son équipage du « *Rapide* », inco-

cupé, pendant la réparation de ce bâtiment ; qu'elle l'a proposé à Flornoy ; mais qu'il s'y est refusé et *a imposé* à la dite Compagnie, en lui louant l'*Hercule*, l'équipage du steamer sous la conduite de Mahé comme capitaine ».

« ... Attendu que la location d'un bâtiment ne peut avoir pour effet de détruire les liens... de commettant à préposé existant entre le propriétaire du bâtiment et le capitaine ; surtout lorsque, comme dans l'espèce, c'est le *fréteur* qui a *désigné et choisi* la personne devant *exercer le commandement*.

« Attendu qu'aux termes de l'art. 1384 du Code Civil, le commettant doit être responsable de son préposé, quand celui-ci accomplit une fonction que le commettant lui a confiée... qu'à ce titre... Flornoy est responsable du fait de Mahé... confirme... » Cette fois-ci, la Chambre Civile rejette le pourvoi formé contre l'arrêt ci-dessus, mais pour des raisons tirées, malheureusement, une fois encore, du critérium de l'autorité.

*
* *

Dans l'espèce rapportée plus haut, les juges ont déclaré engagée la responsabilité du commettant habituel. Mais l'on pourrait facilement citer d'autres cas en vertu du même critérium de la désignation ou du choix, ce serait le commettant occasionnel qui serait déclaré responsable. Car, généralement, l'*acceptation* du préposé est considérée comme équivalente au *choix*.

Voir à titre d'exemple un arrêt de la Cour de Paris du 18 mars 1921 (1) qui déclare une entreprise de Navigation

(1) Paris, 18 mars 1921 et sur pourvoi, req. 24 janv. 1923, D. P. 1923, 1, 55 (Moritz et Cie, c. Soc. d'importation du Nord et de l'Est).

fluviale civilement responsable de la perte d'une péniche, survenue par la faute d'un pilote qu'elle employait, encore que ledit pilote avait été mis à sa disposition par l'autorité militaire. Car (dit la Chambre des Requêtes rejetant le pourvoi) « s'ils (les entrepreneurs) ne l'avaient pas choisi personnellement, ils l'avaient *accepté* et lui payaient ses salaires en rémunération du travail qu'il (le pilote) exécutait pour leur compte, dans l'intérêt de leur entreprise commerciale » (1).

*
* *

Il en est de même du critérium du défaut d'ordres ou de surveillance. Car, si tout commettant occasionnel *acquiert* sur le préposé qui est mis à sa disposition une certaine « *autorité* » de fait tout commettant habituel, en échange, *conserve*, en même temps, et sur le même préposé, un certain *droit de regard* ou *de surveillance* (2).

Si l'on considère donc sous cet angle du critérium de la surveillance ou de l'autorité l'ensemble des arrêts qui en font l'application, ces derniers apparaîtront, plutôt, incohérents et contradictoires (3).

(1) V. de même Toulouse 10 janv. 1876, D. P. 1877, 2, 42 ; Aix, 10 mars 1892, *Gaz. Pal.*, 1893, 2, 716 ; Pau, 22 févr. 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, 1, 625, précités.

(2) « En réalité (dit M. Savatier) en parlant des travaux confiés par le maître à un entrepreneur indépendant)... tout employeur doit avoir un droit de regard sur les faits et gestes de l'entrepreneur » (Savatier, note au D. P. 1923, 1, 5, p. 6, col. 1). Mais, s'il en est ainsi, l'on conçoit que le patron aura *a fortiori* un droit de regard et de surveillance sur l'activité d'un simple préposé, mis par lui à la disposition d'un tiers.

(3) « ... Du moment que l'autorité se divise, dire que le commettant est celui qui a l'autorité ne fait pas avancer la question d'un pas ; il s'agit en effet seulement de savoir à laquelle des deux autorités en concours s'attache la qualité de commettant ».

C'est ainsi que, si l'on examine les arrêts relatifs aux accidents d'automobile causés par des chauffeurs mis par leur commettant habituel (fabriquant, garagiste, etc...) à la disposition d'un tiers (propriétaire de la voiture), on constate que la jurisprudence se prononce, en cas de faute technique du préposé dans l'exercice de ses fonctions, tantôt pour la responsabilité du commettant habituel (1), tantôt pour celle du commettant occasionnel (2), et ceci indépendamment de toute considération de compétence technique de la part du commettant déclaré civilement responsable.

Savatier, note sous Civ., 19 janv. 1927, D. P. 1928, 1, 17, p. 18, col. 1.

(1) *Commettant habituel*

Technicien :

- Trib. corr. de la Seine, 23 févr. 1905, *Gaz. des Trib.*, 1905 (2^e sem.), 2, 305. — Angers, 26 mai 1925, inf. D. H. 1925, 522.
- Colmar, 7 mai 1926, Crim., 21 oct. 1926 rej., D. H. 1926, 498.
- Toulouse, 8 janvier 1931, D. H. 1931, 127.

Non technicien :

- Rennes, 19 mars 1895 et civ. 16 févr. 1898, D. P. 1898, 1, 168.
- Alger, 31 mai 1922 et Civ. 15 juin 1926, Cass. D. H. 1926, 404 et *Gaz. Pal.* 1926, 2, 29.

(2) *Commettant occasionnel*

Technicien :

- Trib. de Lille, 6 déc. 1878 et Douai, 14 mars 1879, D. P. 1880, 2, 43.
- Limoges, 25 juin 1890, D. P. 1892, 2, 570.
- Trib. Civil de Nantes, 18 nov. 1886 et Angers, 25 janv. 1892, D. P. 1892, 2, 465.
- Douai, 16 juil. 1894 et Req. 7 janv. 1896, D. P. 1896, 1, 207.
- Paris, 27 juin 1900 et Crim. 26 janv. 1901, D. P. 1904, 1, 157.
- Trib. Civ. de Vervins, 13 nov. 1908, « La loi du 18 févr. 1909 ».
- Trib. Civ. de Rennes, 15 juin 1923, Rennes, 12 févr. 1925, D. H. 1925, 437.
- Paris, 16 mars 1920 : *Gaz. Palais*, 1920, 1, 435.

Non technicien :

- Aix, 19 Juil. 1855 et Req. 30 janv. 1856, D. P. 1856, 1, 458.
- Dijon, 15 nov. 1927 et Civ. 31 déc. 1931 rej., D. H. 1932, 83.
- Trib. Civil de la Seine, 6 févr. 1907, *Gaz. des Trib.*, 1907, 2, 141, D. P. 1907, 5, 38.

Nous avons intentionnellement laissé de côté les cas où la faute du préposé ne serait pas d'ordre technique (1) et nous n'avons considéré, au contraire, que les cas de *faute technique* du préposé (faute de conduite, de manœuvre de la voiture (2)).

Si on voulait distinguer, avec certains auteurs (3) entre l'autorité technique de l'un des commettants et l'autorité

(1) Ex. : pardessus volé, alors que son propriétaire l'avait laissé dans la voiture, sous la garde du chauffeur. Trib. Civ. de la Seine, 19 janv. 1926, *Gaz. Pal.*, 1926, 1, 701. (Rigaud c. Garage des Champs-Élysées).

(2) V. cependant l'opinion de M. André Besson (note au D. P. 1928, 2, 13, p. 15, col. 2) selon lequel les accidents d'automobile auraient rarement pour cause la faute technique du chauffeur : « il y a rarement quelque chose de technique dans la cause et la réalisation du dommage »...

(3) *Pour* le critérium de la compétence technique : Bartin sur Aubry et Rau, 5^e éd., IV, par. 447, p. 382, note 15 *ter* :

« Le préposé n'est qu'un agent d'exécution... lors donc que les fonctions du prétendu préposé sont telles qu'elles impliquent chez lui la nécessité de connaissances personnelles, c'est-à-dire de connaissances d'ordre *professionnel* et *technique* incommunicables au prétendu commettant, le pouvoir de commander, de contrôler et de surveiller disparaît et avec lui la qualité même de commettant et celle de préposé ». Dans le même sens, Mazeaud, I, n° 901, p. 632 ; Esmein, Ex. doctr. *Rev. critique*, 1924, p. 199 ; René Garnier, Th. Rennes, 1927, p. 67 ; Flour, Th. Caen, 1933, p. 300 ; Glogio Giogi, V, n° 329 et suiv. V. aussi M. Demogue, *Rev. trim.*, 1913, p. 617 et suiv. et Oblig., V, n° 909 qui semble approuver le critérium de la compétence technique malgré les décisions contradictoires qu'il relève.

Contre le critérium de la compétence technique : Larombière, VII, p. 606 ; Willems, *Rev. Gén. du Dr.*, 896, p. 21 ; Gabriel Lot, Th. Paris, 1886. André Besson, note sous Dijon, 20 juil. 1927, D. P. 1928, 2, 13 ; René Dallant, note sous Crim., 9 janv. 1931, D. P. 1931, 1, 171 et surtout Savatier, note sous Civ., 19 janv. 1927, *Casse D. P.* 1928, 1, 17, p. 20, col. 2. V. aussi Dijon, 20 juillet 1927, D. P. 1928, 2, 13 précité :

« Attendu que la qualité de commettant résulte du seul contrat de louage de services sans qu'il soit besoin que le maître ait des connaissances lui permettant de contrôler la partie tech-

d'ordre général de l'autre, on buterait tout de suite contre de grandes difficultés.

Car, d'une part, il est des cas où les deux commettants possèdent une dose égale de *compétence* (1) ou d'*incompétence* (2) *technique* et où il serait impossible, par conséquent, de discerner deux domaines distincts où leur autorité respective pourrait s'exercer. D'autre part, au cas même où il y aurait réellement une différence de compétence technique entre les commettants, ne faudrait-il pas toujours déclarer engagée la responsabilité du *technicien*? du moment que l'on reconnaît le caractère technique de la faute, n'est-il pas bien évident, que c'est à celui-ci qu'il convient de faire assumer la responsabilité? Or, nous avons vu que la jurisprudence oppose à la théorie de la compétence technique un démenti formel, car elle déclare responsable, dans certains cas, le commettant (soit habituel, soit occasionnel) même s'il ne possède, en fait, aucune espèce de compétence technique (3).

Sur ce point, nous aimerions insister un moment encore. Qu'un non-technicien puisse être déclaré civilement responsable des fautes commises dans l'exercice de ses fonctions par un préposé technicien à son service, voilà ce qui ne peut faire de doute pour personne. Reprenons entre tant d'autres l'exemple choisi par M. Demogue : un patron d'industrie déclaré civilement responsable des dommages causés aux

nique de l'exercice du service... ce qui rendrait le texte précité (1384, § 5) inapplicable dans presque tous les cas d'emploi de spécialistes.

De même, contre l'idée de compétence technique en matière d'accidents du travail, Paul Cuche, *Rev. crit.*, 1913, p. 418.

(1) V. Colmar, 7 mai 1926, D. C. 1926, 498.

(2) V. Alger, 31 mai 1922, D. H. 1926, 404.

(3) V. arrêts cités p. 162.

tiers par l'un de ses employés électriciens. Il est clair que le commettant qui ne possédait aucune espèce de compétence technique en matière d'électricité ne pouvait donner à son préposé que des ordres concernant non pas la manière dont ce dernier devait s'acquitter de sa fonction relatifs seulement à l'exécution de l'engagement qu'il avait pris (ordre par exemple de se rendre au travail, de procéder à tels ou tels travaux, etc...) ; mais ces ordres, ces instructions n'avaient certainement rien de technique et le même patron aurait pu tout aussi bien les adresser à un *entrepreneur indépendant*... (1).

De deux choses l'une, par conséquent ; les auteurs ont le choix : 1° Ou bien de se rallier au critérium de la compétence technique, mais alors les solutions de la jurisprudence deviennent incompréhensibles, ou bien 2° de se rallier au critérium de l'autorité, indépendante de toute compétence technique, mais alors plus rien ne distingue le préposé d'un entrepreneur indépendant. Les conclusions auxquelles ces théories aboutissent nous décident donc à repousser et l'idée de compétence technique et l'idée d'autorité. Il nous semble que ces difficultés seraient évitées si l'on voulait, avec la jurisprudence moderne, se rallier à l'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui. Si l'ouvrier électricien engage par ses fautes la responsabilité de son patron, si, au contraire, l'entrepreneur indépendant demeure seul responsable, c'est que le premier, à la différence du second, exerce ses fonctions non pas pour son compte personnel, mais bien pour le compte d'autrui. A cet

(1) « Un patron ne peut être un spécialiste en toute matière, diriger ses chimistes, ses ingénieurs, ses mille spécialistes dans leur travail purement technique » (Demogue, Obligations, t. V, n° 894, p. 87).

égard l'idée de fonction nous semble marquer un réel avancement sur les deux critères envisagés de la « compétence technique » et de « l'autorité ».

D'ailleurs, au cas de pluralité des commettants, comment distinguer dans l'activité du préposé deux domaines distincts ?... et comment faire la part, dans l'acte dommageable qu'il a commis, des instructions techniques soi-disant reçues de son commettant technicien, et des instructions générales qu'il a pu recevoir de la part de l'autre ?... Il y a là une difficulté vraiment insurmontable.

Aussi, pensons-nous avec M. Savatier (1) qu'« il ne sert... à rien de prétendre distinguer les fautes commises dans le domaine *technique* de celles ressortissant du domaine *général* de l'autorité du préposé, parce que, presque toujours, la faute *se rattacherait à la fois à l'un et à l'autre* ».

Enfin, il est une objection plus grave qui peut être adressée au critérium de la compétence technique : c'est qu'il va à l'encontre du but même de la loi et du caractère *irréfragable* de la responsabilité des maîtres et commettants. En effet, si le maître était libre de s'exonérer de la responsabilité qui pèse sur lui, en invoquant le prétexte qu'il n'a pas les connaissances techniques requises pour une surveillance efficace de l'activité de son préposé (2) on lui permettrait d'une manière indirecte de faire ce que la loi lui interdit (arg. art. 1384 § 7 du C. Civ.) à rapporter la preuve de l'absence de toute faute de sa part (3).

(1) Savatier, note précitée au D. P. 1928, 1, 17.

(2) Et comment les aurait-il ? Imagine-t-on un commettant, patron d'industrie, qui aurait toutes les connaissances techniques de chacun de ses employés ? Dans notre sens, Planiol et Ripert, VI, n° 646, note (1), éd. 1930, p. 873.

(3) En ce sens, Larombière, VII, p. 606 précité. Flour, t. précitée, p. 164.

Le critérium de la compétence technique, impuissant à expliquer toutes les variations de la jurisprudence et incapable de fournir une explication satisfaisante du problème de l'attribution des risques, vient, en dernière analyse, se heurter au but même, poursuivi par la loi. Cela suffit, à notre avis, pour rejeter une fois pour toutes le critérium de l'autorité dont l'idée de compétence technique n'est que la conséquence logique et nécessaire.

*
* *

Nous pensons de même qu'il n'est pas nécessaire de recourir à l'idée d'incompétence technique, pour expliquer les solutions de la jurisprudence concernant l'irresponsabilité, en principe, de l'administration de l'Assistance publique pour les faits des *médecins*.

Il est en effet généralement admis que l'Assistance publique n'est pas civilement responsable des fautes que le médecin a pu commettre dans l'exercice de ses fonctions (1), ou que le médecin d'une Compagnie de chemin de fer ne peut être réputé son préposé (2) ; les auteurs classiques en déduisent que le médecin n'est pas un préposé « en raison de la profession qu'il exerce » (comme s'il y avait (3)

(1) Tribunal Civil Seine, 6 juil. 1906, D. P. 1906, 5, 71 ; Poitiers, 26 déc. 1892, D. P. 1893, 2, 349 ; Bordeaux, 6 févr. 1900, D. P. 1900, 2, 470.

(2) Grenoble, 29 octobre 1901, D. P. 1904, 2, 300 (cité Demogue, V, p. 197).

(3) Abstraction faite évidemment des fonctionnaires publics ou des personnes investies officiellement d'un certain ministère. V. Planiol et Ripert, VI, n° 648, éd. 1930, p. 875. (Off. Minist., Agent de police judiciaire, garde-chasse assermenté, etc...).

des professions « incompatibles » avec l'exercice d'une fonction pour le compte d'autrui) (1).

Or, il n'y a aucune raison, pensons-nous, pour ne pas attribuer au *médecin* la qualité de *préposé* de l'administration de l'Assistance publique ou de la Compagnie de chemin de fer qui utilise ses services. Et la preuve, c'est que la même jurisprudence qui déclare l'Assistance publique irresponsable des fautes que le médecin a pu commettre dans l'exercice de sa profession (faute de diagnostic ou faute de traitement : faute *médicale*, en un mot) déclare, au contraire, cette même Assistance publique civilement responsable des fautes du médecin consistant en irrégularités ou absence complète de soins : en un mot, en négligences de service (2).

Nous pensons donc que la responsabilité de l'administration doit être déclarée *en principe*. Il se peut que, dans certaines hypothèses, les juges refusent de faire l'application de l'article 1384 § 5 du Code Civil. Mais cela tient, à notre avis, non pas à ce que l'Administration n'aurait pas eu la compétence nécessaire pour exercer effectivement une autorité quelconque sur l'activité du médecin — (bien que cette idée d'incompétence technique aurait suffi dans la circonstance...) (3) — mais plutôt à ce

(1) Pourtant voir divers auteurs qui se rattachent à cette idée d'incompatibilité. Flour, Th. Caen, 1933, p.

(2) Le médecin d'un hôpital est bien un préposé quant à la régularité des soins, mais non quant à la technique » (Demogue, Obligations, V, n° 896, p. 91). V. Paris, 24 févr. 1893, S. 1893, 2, 72 ; Bourges, 14 avril 1902, S. 1902, 2, 208 ; Lyon, 9 déc. 1903, S. 1904, 2, 112 ; Dijon, 18 mars 1903, S. 1906, 2, 17 et note E. H. Perreau (cités par ce dernier) Adde Rendu : La responsabilité civile des médecins, Th. Paris, 1909, p. 59 et suiv. Flour, Th. précitée, Caen 1933, p. 170.

(3) A la différence du critérium du choix qui aurait été im-
puissant d'expliquer la distinction ci-dessus entre l'irrégularité

que nul lien suffisant de cause à effet n'aura pu être relevé entre le dommage subi par la « victime » et le traitement ou l'intervention chirurgicale auxquels le médecin l'aura soumise ; qu'en d'autres termes, et pour employer le langage classique, aucune *faute* n'aura pu être relevée à la charge du médecin traitant.

Au cas où cette faute serait, au contraire, dûment établie, nous ne voyons pas comment l'Administration, en invoquant son défaut de compétence technique dans l'art de guérir les malades, pourrait échapper à la responsabilité irréfragable de l'article 1384 § 5 du Code Civil. Autant vaudrait en cas d'accident causé par un chauffeur, par exemple, (préposé, au service d'un propriétaire de garage), déclarer ce dernier irresponsable des suites dudit accident, sous le prétexte qu'il ne possède pas les connaissances requises pour conduire une automobile. Ce serait, comme nous le disions plus haut, page 166, méconnaître tout simplement le caractère irréfragable de la responsabilité édicté par l'article 1384 § 5 du Code Civil.

Nous en avons assez dit du critérium de la compétence technique pour nous dispenser d'insister davantage.

Si l'idée de compétence technique n'est pas une condition déterminante de responsabilité, quelle valeur peut-elle encore présenter... sinon celle d'un simple indice, d'un simple élément d'appréciation ?... Il se peut, bien entendu, que dans certaines hypothèses, le juge retienne cet élément de la « profession exercée » par le prétendu commettant car, généralement, le particulier qui emploie un professionnel

des soins et la faute médicale proprement dite : le médecin aurait été toujours déclaré le préposé de l'Administration qui l'a accepté, qui a ratifié en quelque sorte sa désignation au concours par le Jury.

entend se reposer sur ce dernier des risques de l'opération (1). Mais la règle n'est pas absolue et le contraire pourrait tout aussi bien arriver. C'est pourquoi les auteurs mêmes, qui, à l'exemple de M. Demogue, soulignent la valeur de la distinction entre professionnels et non-professionnels (2), sont bien obligés de reconnaître que le critérium ci-dessus ne peut résoudre toutes les difficultés. « La limite de la responsabilité, à raison du rôle technique de la personne employée, est très délicate (dit M. Demogue), on cite bien, comme exemple d'irresponsabilité, un hôpital irresponsable pour un médecin, une commune pour les pompiers, mais ailleurs la limite est incertaine » (Demogue, V, n° 897).

Cela tient, encore une fois, à ce que l'idée de compétence technique n'est pas une condition de la responsabilité, mais un simple indice, un simple élément d'appréciation, à côté de tant d'autres.

*
**

En ce qui concerne le critérium de la dépendance économique et sociale, les auteurs n'ont pas manqué, de même, de remarquer que, du fait qu'un commettant habituel met son préposé à la disposition d'un commettant occasionnel, il en résultait pour chacun d'eux un certain profit, un certain avantage (sans quoi l'opération ne se serait jamais réalisée). Le critérium de l'intérêt ou du profit s'avère donc tout aussi impuissant que le critérium de la désignation ou que celui de la compétence technique, pour

(1) Demogue, V, n° 897 et aut. cités. Esmein, examen doctrinal dans *Rev. Crit.*, 1924, 197. Flour, Th. précitée, p. 160.

(2) Demogue, Professionisti e non professionisti nel diritto civile, *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1921.

résoudre d'une manière satisfaisante le problème de l'attribution des risques (1).

Aussi, M. Savatier, pour expliquer certaines solutions de la jurisprudence doit-il faire appel à des sous-critériums d'appoint (2) : importance du matériel prêté... ; importance de la rémunération..., etc... Et, en effet, ces sous-critériums, s'adaptent beaucoup mieux aux solutions d'une jurisprudence, dont le caractère dominant est la grande variabilité et l'extrême souplesse. Ce seul fait, cependant, de recourir à des sous-critériums ne constitue-t-il pas, à l'égard du critérium que l'on désire, en quelque sorte affermir ou consolider, comme une présomption d'insuffisance ou de faiblesse ?...

D'autre part, comment comprendre cette dépendance économique dont parlent les auteurs sociaux ? Tout producteur ne dépend-il point, économiquement parlant, de la masse des consommateurs qui lui achèteront son produit ? et, en général, les rapports qui relient les membres de la société, les uns aux autres, ne sont-ils pas des rapports d'interdépendance réciproque et de solidarité des intérêts ? (3).

(1) Demogue, V, n° 909, p. 107.

« Du côté économique (écrit M. Demogue) on ne voit pas de base de solution nette, car chacun des patrons tire profit du travail de l'ouvrier ».

De même, Paul Pic qui qualifie le critérium de la dépendance économique et sociale de « vague et inconsistent » note sous D. P. 1931, 2, p. , col.

(2) Savatier, note au D. P. 1928, I, 17 précité.

(3) A cet égard voir Esmein. Examen doctrinal dans *Rev. Crit.*, 1924, p. 197 précité : « La dépendance économique d'autrui ne fait pas à elle seule un commettant de celui à l'égard de qui elle existe. A ce compte on pourrait considérer le cultivateur comme le préposé du boucher et du meunier, auxquels il vend son bétail et son blé... » Voir aussi Flour, thèse précitée, p. 78 et 79 : « si par dépendance on entend une simple solidarité d'intérêts, elle existe toujours et de façon réciproque ».

Ici encore, par conséquent, les éléments économiques : intérêts, bénéfices, profits, rémunération ne sont que de simples « indices » dont on pourra tenir compte au besoin (« idées d'appoint — comme dit M. Demogue — qui peuvent faire pencher la balance judiciaire ») (1), simples points d'appui de l'argumentation du juge, mais qui, en aucun cas, ne sauraient être pris pour des conditions déterminantes de la responsabilité des maîtres et commettants.

*
* *

Dans la période moderne, enfin, d'autres « signes » apparaîtront, qui n'auront plus rien de commun avec les éléments déjà connus et qui ne rappelleront ni l'ancienne idée classique d'autorité, ni le critérium social de la dépendance économique.

Il en est ainsi d'un élément bien caractéristique pour tout ce que le problème de l'attribution conventionnelle des risques comporte de délicat et de nuancé et qui n'est autre que celui de la *durée* de la mise du préposé à la disposition d'autrui. Son importance a déjà été soulignée, en passant, par les auteurs sociaux (2) et certains arrêts récents en font des applications bien remarquables.

Citons le jugement du Tribunal Civil de la Seine du 6 février 1907 (3) qui déclare un chauffeur (mis par des constructeurs d'automobiles à la disposition d'un client) le pré-

(1) Demogue, V, n° 911.

(2) V. les quelques lignes que lui consacre M. Savatier dans sa note précitée, 1928, I, 17, p. 20, col. I.

(3) Trib. Civil de la Seine, 6 févr. 1907, *Gaz. des Trib.*, 1907, 2, 141 et D. P. 1907, V, 38. (Lefebvre contre Reviers de Mauny).

posé de ce dernier, malgré la solution inverse, généralement admise selon laquelle, le chauffeur mis temporairement au service d'autrui, demeure toujours le préposé de son commettant habituel et n'engage, en cas d'accident, que la responsabilité de celui-ci.

En l'espèce, le mécanicien Roncin avait été mis à la disposition de Reviers de Mauny, propriétaire de la voiture, par les constructeurs d'automobiles Delaugère et Clayette. Normalement, ces derniers auraient dû répondre des suites de l'accident dû à la faute du chauffeur. Mais : « attendu (dit le Tribunal) que Delaugère et Clayette avaient mis à la disposition de Reviers de Mauny, le mécanicien Roncin non seulement pour la livraison de la voiture, mais pour sa *conduite jusqu'à la campagne et pendant l'apprentissage* du propre chauffeur de Riviers de Mauny. Qu'en fait, Roncin est resté du 31 août au 10 septembre 1904 à la disposition du propriétaire de l'automobile... qui lors de l'accident se trouvait dans sa voiture et avait seul le droit de donner des ordres et des instructions... »

Les juges avaient bien le sentiment que, dans l'espèce, c'était le propriétaire de la voiture qui devait être déclaré civilement responsable de l'accident. Mais de quels moyens techniques user, pour atteindre ce but ? On ne pouvait invoquer le critérium de la « compétence technique » car cette compétence était du côté des constructeurs d'automobiles et non pas du côté du propriétaire de la voiture. On ne pouvait non plus invoquer (comme l'a fait l'arrêt) le droit du propriétaire de la voiture de donner des « ordres et des instructions » à son chauffeur. Car, ces ordres et ces instructions n'ayant rien de technique, et ne consistant que dans des instructions générales, relatives au

lieu où le chauffeur devait se rendre, ne pouvaient avoir aucun rapport avec l'accident causé (1).

Si pourtant la responsabilité du propriétaire a été consacrée par le Tribunal, c'est pour cette raison (bien significative, dans l'espèce) que le chauffeur avait été mis à la disposition du propriétaire pour une période indéterminée et pour toute une série de services successifs ; il était raisonnable par conséquent de penser que, lors de la convention passée, les parties avaient tacitement entendu faire assumer la responsabilité des actes du chauffeur par le propriétaire de la voiture.

Il est certain, au contraire, que les juges auraient adopté la solution inverse si le chauffeur n'avait été mis à la disposition du propriétaire que pour un certain temps ou une opération déterminée, pour la livraison de la voiture seulement, ou bien pour sa conduite, par exemple, à un atelier de réparations.

Citons encore, à titre d'exemple, un arrêt très intéressant de la Cour de Pau du 22 février 1924 (2) où une simple erreur de fait sur l'élément *durée*, (commise par le Tribunal et rectifiée par la Cour), est venue modifier, de fond en comble, la situation des parties.

En l'espèce, Amédée Bloch, propriétaire de l'automobile, avait mis sa voiture et son chauffeur à la disposition de sa sœur, Jeanne-Fanny Bloch, qui partait pour Biarritz. Bloch ne fit, dans cette ville, qu'un court séjour de 48 heures,

(1) Sur l'absence d'intérêt des « instructions » données, v. plus loin p.

(2) Pau, 22 févr. 1924 réf. un jug. du Trib. Corr. de Bayonne du 24 mai 1923, *Gaz. Pal.* 1924, 1, 744 (Bloch c. Ordoquy et autres).

puis revint à Paris. Deux mois après, un accident arrivait, dû pour partie à la faute de Vain, son chauffeur, le Tribunal correctionnel de Bayonne condamna à des dommages-intérêts le chauffeur Vain, en tant qu'auteur involontaire de l'accident, et Amédée Bloch, le propriétaire de l'automobile, à titre de commettant. Or, sur l'appel des parties, la Cour de Pau, réformant le jugement du Tribunal, dégagea Bloch de toute responsabilité, pour des raisons toutes particulières à l'espèce : « Attendu (dit la Cour de Pau) qu'Amédée Bloch soutient qu'il ne saurait être responsable du chauffeur Vain, car au moment où l'accident s'est produit, il avait délégué, depuis deux mois, son autorité à sa sœur, Jeanne Bloch, qui seule usait de sa machine et donnait des ordres à Vain. Attendu que le Tribunal a retenu la responsabilité d'Amédée Bloch, que ce dernier propriétaire de l'automobile, n'aurait été *absent* de Biarritz que pour 48 heures, au moment de l'accident ; que par suite, sa sœur Jeanne Bloch n'était qu'une simple invitée... Mais (continue l'arrêt), attendu qu'il apparaît à l'examen du dossier et des notes d'audience, que le Tribunal a commis une erreur de fait ; que le chauffeur Vain... a déclaré... qu'il était arrivé à Biarritz depuis deux mois environ... que, pendant ce laps de temps, Amédée Bloch avait passé seulement 48 heures à Biarritz et était reparti pour Paris, laissant la voiture à la disposition de sa sœur. Attendu, dans l'espèce, que Vain a bien été choisi par Amédée Bloch, mais, qu'en prêtant sa machine à sa sœur pour la durée de son séjour à Biarritz et en la laissant conduire par Vain..., Fanny Bloch qui avait choisi cette combinaison avait agréé comme son préposé le chauffeur de son frère ; qu'elle en disposait comme d'un homme attaché à son service, etc... »

Voici donc la solution du problème si délicat de l'attribution des risques, en fonction d'un élément aussi élastique que celui de la durée de la mise du préposé à la disposition d'autrui. Si l'arrêt nous semble remarquable, c'est que tous les autres éléments : choix, subordination, ordres donnés et reçus, dépendance économique et sociale, de compétence technique, etc... demeurent constants tout le long du procès. Un seul élément varie, c'est la durée des fonctions, et la solution du procès change en même temps que lui. Un *long* séjour d'Amédée Bloch à Biarritz fait de sa sœur une simple invitée, qui n'entend assumer, en ce qui concerne la conduite de l'automobile de son frère, aucun risque, aucune responsabilité ; au contraire, un très court séjour de Bloch à Biarritz fait pencher la balance dans le sens inverse et attribue à sa sœur la qualité juridique de « commettante » du chauffeur Vain, dont elle avait temporairement accepté les services, qu'elle avait « agréé ».

Il est assurément peu d'arrêts, qui puissent donner au commentateur une plus forte impression du degré d'élasticité et d'extrême souplesse que peuvent atteindre, dans certaines matières, les solutions de la jurisprudence. Mais n'est-ce pas là son rôle et ne doit-elle pas, avec un sens parfait des nuances, plier aux circonstances si délicates et si différentes de la vie juridique, la rigueur apparente des principes ?

*
* *

Enfin, il y a un dernier élément qui est souvent appelé à jouer un rôle dans la solution du problème de l'incidence de la responsabilité et dont nous ne saurions contes-

ter l'importance. Cet élément n'est autre que celui de la l'exercice de ses fonctions. Lorsque nous évoquons le critérium de la *liberté* ou de l'*autonomie* du préposé vis-à-vis de son commettant (qui le dirige, qui le surveille, qui le contrôle), il va de soi que nous ne pensons nullement nous rallier à la doctrine classique (1) et à l'idée d'*autorité* ; nous avons vu longuement les raisons pour lesquelles cette dernière ne peut (comme tout autre élément d'ailleurs) jouer, dans l'application de l'article 1384 § 5 du Code Civil, le rôle de « condition » déterminante. Ce qui n'empêche pas le juge de faire parfois appel à cette idée pour motiver, de manière satisfaisante, sa décision.

C'est ainsi que le *gérant* de société à *succursales* multiples n'est généralement pas considéré, par la jurisprudence, comme un préposé, pour la raison qu'il jouit dans l'exercice de sa profession d'une certaine *indépendance*.

Citons à ce propos un jugement du Tribunal Correctionnel de la Seine du 14 août 1925 (2) qui refuse à un gérant de succursale la qualité de préposé. « Attendu (dit le jugement) que le prévenu n'est pas l'employé de la société, mais bien un gérant *libre et indépendant*, qui n'est lié par aucun lien de subordination personnelle et qui, par suite, ne peut être considéré comme un préposé de la Société, aux termes de l'article 1384 § 5 du Code Civil. » « Indépendant dans sa gestion (dit M. Paul Pic, en commentant l'arrêt ci-dessus),

(1) V. surtout Giorgio Giorgi : *Teorica delle obbligazioni*, V, n° 329 et suiv.

(2) Trib. Corr. de la Seine, 14 août 1925, dans « *Economats de Sens* » partiellement reproduit par P. Pic, note sous Trib. Civ. de Toulouse, 9 janv. 1931, D. P. 1931, 2, 40, p. 42 col I.

il en règle à son gré les modalités, organise la vente, recrute son personnel et le dirige sous sa seule responsabilité. Il est donc exact de dire que loin d'être un salarié au sens juridique du mot, il est plutôt une sorte de *demi-patron*, jouissant dans toute la mesure compatible avec le mandat qu'il a assumé, des prérogatives du patronat. » (1).

De même que le gérant de succursale n'est pas considéré comme un préposé au regard de l'article 1384 § 5 du Code Civil, de même, et en vertu de la même idée d'indépendance professionnelle, il n'est pas, dans certaines circonstances, considéré comme un salarié au regard des différents textes de la législation ouvrière et notamment de la loi sur les assurances sociales du 30 avril 1930 (2).

Nous disons « dans certaines circonstances » parce qu'il se peut que dans d'autres hypothèses, le gérant de succursale, étant donné son état de plus ou moins grande « dépendance » vis-à-vis du propriétaire de l'établissement, soit au contraire considéré comme un préposé de ce dernier (3).

Citons encore, dans le même ordre d'idées, un arrêt très intéressant de la Cour de Dijon du 24 juin 1931 (4). En l'espèce, « la Société anonyme « La Laiterie de la Bourgogne Chalonnaise » a été déclarée par le Tribunal civi-

(1) P. Pic, note précitée, D. P. 1931, 2, 40.

(2) V. pour le gérant de Société en matière d'application de la loi sur les assurances sociales, Civ. 6 juil. 1931 (D. P. 1931, 1, 121 et note P. Pic) rej. le pourvoi formé contre le jugement du Trib. Civ. de Toulouse, 9 janv. 1931 (D. P. 1931, 2, 40 et note Paul Pic) qui confirme la décision de la commission cantonale des assurances sociales de Toulouse du 25 oct. 1903 (Préfet de la Haute-Garonne contre Bardou).

(3) V. les arrêts cités par P. Pic, note au D. P. 1931, 2, 40.

(4) Dijon (Ch. correct.) 24 juin 1931, inf. un jug. du Trib. correct. de Chalons-sur-Saône du 12 déc. 1930, D. H. 1931, 530 (Rime) (précité).

lement responsable, à l'encontre d'une certaine Vve Poulet, des conséquences d'un délit d'homicide et blessures par imprudence (commis le 17 novembre 1929 par un sieur Rime à son service). Sur appel de la Société (et sur appel incident de la Vve Poulet) la Cour de Dijon déchargea la Société de toute responsabilité, pour des raisons tirées de la liberté et de l'indépendance qu'avait conservées Rime, dans l'exercice de ses fonctions, vis-à-vis de la Société qui l'employait.

L'arrêt commence par poser le principe de la « dépendance » du préposé à l'égard de son commettant qui fait que ce dernier « est considéré par la loi comme ayant assumé la charge des risques pour les dommages causés aux tiers » ; à la suite de quoi l'arrêt déclare, en termes énergiques, que le problème de la responsabilité des commettants est « en dernière analyse... une *question de fait* dont l'appréciation résulte des *circonstances particulières de chaque espèce* et ne peut être tranchée, par avance, d'après la profession et le métier exercés par l'employé, considéré ou non comme placé, vis-à-vis de l'employeur, dans un état de dépendance économique ou sociale ; que selon les cas, le lien de subordination et de commandement, de l'un vis-à-vis de l'autre, est toujours *susceptible de se modifier à l'infini, selon les conventions* qui peuvent parfaitement réduire à un rôle de simple préposé celui dont socialement la profession s'annonce comme exclusive de toute obéissance. De même qu'à l'inverse, un simple ouvrier vivant par principe dans « l'ombre et l'orbite du patron » (1) peut s'élever par exception, sans changer son état, à la qualité

(1) Image employée par M. Savatier, note au D. P. 1923, 1, 5 p. 7 col. I.

d'entrepreneur indépendant ». Et l'arrêt, après avoir posé ces principes, en fait l'application à l'espèce, en rappelant que Rime, ancien ouvrier fromager de la Société Bourguignonne, avait été chargé, aux termes d'un contrat passé avec cette dernière, le 29 juillet 1929, de transporter, suivant un itinéraire imposé par ladite Société, les quantités de lait que lui livraient les différents cultivateurs de la région. Mais (continue l'arrêt) :

« Si Rime... est resté au Service de la Société Bourguignonne, les nouvelles fonctions qu'il a exercées ne l'ont pas laissé dans l'état de dépendance primitif résultant de sa qualité d'ouvrier, mais lui ont donné pour l'exécution du travail à lui confié une *indépendance* et une *initiative* contre lesquelles la Société ne pouvait s'élever. » L'arrêt insiste particulièrement sur ce dernier point : « Si la rémunération de ce travail a été fixée au kilomètre parcouru et selon la quantité de lait apportée, *liberté entière a été laissée à Rime* sur le mode de transport. »

Et, en effet, l'arrêt constate qu'en fait :

« ...Il a acheté de ses deniers une automobile d'occasion dont ni l'état, ni la marche ne pouvaient être contrôlés par son contractant... ; que si la Société... pouvait bien contraindre Rime à suivre un certain itinéraire et si, aussi, elle pouvait... demander la livraison à une heure déterminée de la journée... cette immixtion n'était, en réalité, que l'exercice d'un droit de surveillance générale, n'ayant pour but que de veiller à la loyale exécution du contrat, sans cependant porter atteinte à l'*indépendance* que conservait incontestablement Rime de procéder... selon sa propre technique à la conduite de son automobile. »

Et en guise de conclusion :

« Attendu que c'est à l'occasion de cette conduite même...

que Rime agissant en toute indépendance... a été condamné, etc... ; qu'il importe peu que l'accident se soit produit à l'occasion du travail effectué pour le compte de la Société... puisqu'elle n'était pas juge, d'aucune manière, du mode de transport employé par son livreur ; attendu que ce fait suffit, etc... Par ces motifs, décharge la Société... de toutes les condamnations prononcées contre elle... »

L'arrêt de la Cour de Dijon est, on le voit, extrêmement caractéristique, car il en résulte d'une manière certaine que le problème tout entier de la responsabilité des commettants gravite autour d'une question de fait : l'interprétation de la convention ou du contrat passé par les parties (1).

Changez un peu les données du problème et faites insérer au contrat une clause par laquelle la Société Bourguignonne imposerait à Rime un certain mode de transport : le transport automobile, par exemple. La solution du problème changerait complètement et la Société serait nécessairement déclarée responsable de l'accident survenu par la faute de conduite de son livreur. Au contraire, laissez à celui-ci — comme dans l'espèce — toute liberté de choisir, comme bon lui semblera, le mode de transport qu'il jugera préférable : c'est lui seul qui, au cas d'accident, sera responsable.

La solution de la Cour de Dijon apparaît, à ce point de vue, tout aussi logique qu'équitable (2).

(1) Dans ce sens voir Savatier, note au D. P. 1928, 1, 17.

(2) V. pour le cas similaire des représentants de commerce travaillant à la commission pour plusieurs maisons, la note de Paul Pic au D. P. 1931, 2, 40 p. 41 col. II. Leur situation a été dans le passé extrêmement controversée. Depuis quelques années elle a été résolue dans le sens que « suivant les cas » et suivant le degré « d'autonomie » que le représentant du commerce

Une difficulté semble pourtant s'élever. L'arrêt ne déclare-t-il pas : « qu'il importe peu que l'accident se soit produit à l'occasion du travail effectué *pour le compte* de la Société ? » Et ne s'attaque-t-il pas de la sorte à l'idée de « fonction exercée pour le compte d'autrui » dont nous avons fait comme le *leit-motiv* de toute notre étude ?

Si l'on nous adressait cette objection, nous répondrions par une analyse plus serrée de l'objet de la fonction confiée.

A quoi, en effet, le livreur de la Société était-il exactement tenu ? Le contrat qu'il avait passé avec la Société lui imposait-il une *obligation* principale de *transport* et des *moyens de transport* déterminés ? Ou bien, la seule chose, au contraire, à laquelle Rime s'était obligé, c'était *de livrer* au siège de la Société, à telle « heure déterminée de la journée », les quantités de lait qu'il avait recueillies des mains des fournisseurs de la Société.

Il y a donc lieu de distinguer, en l'espèce, la fonction de « livreur » de celle de « conducteur » de la voiture. Et cette dernière ne se rattache pas d'une manière nécessaire (et en vertu d'une clause quelconque du contrat) à la première.

Si donc, la responsabilité civile de Rime a été retenue par la Cour d'Appel de Dijon, c'est que le dommage causé au tiers se rattachait par un lien de cause à effet à la fonc-

conserve dans l'exercice de ses fonctions, il sera considéré tantôt comme un simple employé, tantôt au contraire comme un commissionnaire, comme un entrepreneur indépendant.

« Il ne suffit pas » (déclare la Cour de Cassation) « pour que la notion de mandat prévale sur celle de louage de services, que le représentant travaille pour plusieurs maisons et soit rémunéré à la commission ; encore faut-il que dans l'exercice de ses fonctions il jouisse d'une véritable autonomie. » (Civ. 18 oct. 1910 D. P. 1911, 1, 443).

tion de conducteur, et que cette dernière, Rime l'exerçait pour son propre compte, puisqu'il avait trouvé les moyens d'acquérir une automobile dont il était seul propriétaire et maître et dont il pouvait, même en dehors de ses heures de travail bien entendu, user à sa guise.

C'est même là, pensons-nous, le substratum du problème, tel que les magistrats de la Cour d'Appel de Dijon l'ont envisagé. Un individu assez fortuné pour s'acheter une automobile — même d'occasion — est bien capable de supporter les risques inhérents à la conduite de cette voiture.

Dans le contrat passé par Rime avec la Société Bourguignonne, on pouvait trouver de tout : On pouvait trouver des éléments de dépendance (itinéraire à suivre..., livraisons journalières..., observations éventuelles), de même que l'on pouvait, à l'inverse, trouver des éléments d'indépendance (liberté de choisir tel ou tel mode de transport déterminé..., liberté de conduire la voiture, quant au règlement, quant à la vitesse, etc...).

Mais c'est sur ces derniers éléments que les juges devaient mettre l'accent ; ce sont ceux-ci seulement qu'ils devaient retenir. Entre ces deux catégories d'éléments juridiques, susceptibles d'entraîner leur conviction dans des directions diamétralement opposées, leur sentiment de l'équité et de la justice a été instinctivement guidé par la considération économique de la situation de Rime ; dont l'état de fortune (qui ne souffrait évidemment aucune comparaison avec celui du Directeur de la Société) était, quand même, suffisant pour lui faire supporter les risques de la conduite d'une automobile, dont il était bel et bien propriétaire.

C'est ainsi, pensons-nous, que doit, en définitive, se résoudre le problème des critères et de l'incidence de la responsabilité de l'article 1384 § 5 du Code Civil. Sous les

données juridiques (fournies par la convention, expresse ou tacite, passée par les parties) apparaissent les données économiques, dont le rôle, en présence d'éléments de signification contradictoire, est de déterminer la conviction des juges et de fixer leur choix.

(Au cas, notamment, de convention tacite, n'est-ce pas l'interpréter d'une manière équitable que de faire appel à ces données économiques qui, seules, permettent au juge de présumer quelle aurait été la volonté des parties, au cas où elles se seraient expressément engagées ?)

N'insistons pas davantage sur ce point. Quel que soit le procédé de formation de la conviction intime des juges, une conclusion se dégage de tout ce que nous avons avancé jusqu'ici : C'est qu'il ne saurait y avoir de critérium « unique » de la responsabilité des maîtres et commettants ; que nul élément (et quelle que soit son importance) n'est *a priori* déterminant (1) et la valeur des soi-disants « critères » de ladite responsabilité, n'est en définitive — nous le répétons — que celle de simples « indices » de responsabilité, qui auront chacun peut-être un certain rôle formel à jouer, dans telle ou telle hypothèse déterminée, dont le juge pourra tenir compte, dans telle ou telle circonstance, (*s'il le croit nécessaire*), mais qui, en aucun cas, ne peuvent constituer de véritables conditions *sine qua non* de la responsabilité édictée par l'article 1384 § 5 du Code Civil (2).

(1) En ce sens, Planiol, note au D. P. 1892, 2, 465 ; Flour, th. précitée, 1933, p. 310.

(2) Certains auteurs veulent bien prendre en considération l'ensemble de ces divers éléments, mais en tant seulement que destinés à déterminer l'existence de l'autorité : V. Planiol et Ripert, VI, n° 649, éd. 1930, p. 878, note 1.

De même Flour, th. précitée, p. 269-270 : « au lieu de s'atta-

Au cas où ces indices se révéleraient contradictoires, quel sera donc le principe directeur qui guidera le juge dans son choix ? Car il est certain (et quels que soient les éléments qu'il prendra en considération) que ses préférences iront d'elles-mêmes se diriger dans le sens d'une certaine directive, d'une certaine ligne de conduite, à peine avouée, subconsciente presque, et qui, à elle seule, suffit à expliquer, sous l'apparente diversité des solutions contradictoires, l'unité interne de l'édifice que le juge est appelé, au point de vue technique, à construire.

Cette directive — nous y faisons tout à l'heure allusion — n'est pour chaque situation différente, que la résultante de ses propres données économiques. Et il en est ainsi pour une raison bien simple, qui tient du *but* même de la disposition de l'article 1384 § 5, — ce but qui est d'assurer avant tout et dans la plus grande mesure possible, le dédommagement de la victime. Rien de plus naturel, dès lors, *que la préférence du juge aille au plus solvable* et que sous le couvert des considérations juridiques (qui seules peuvent figurer dans les attendus des arrêts) l'on retrouve le substratum profond des données économiques, qui forment, en somme, la trame puissante de la vie juridique et des règles du Droit, en général.

Par rapport à ce but, qui est *d'ordre public* (1) (et qui

cher à un seul élément (dit M. Flour) pris comme critère du lien de préposition, ou à un nombre préfixe d'éléments, considérés comme constitutifs de l'autorité ou de la subordination, le juge les appréciera dans leur ensemble, pour en tirer une probabilité moyenne... » L'on sait les raisons pour lesquelles nous ne pouvons pas être de l'avis de ces auteurs.

(1) Ce point est en dehors de toute controverse :

« Notre jurisprudence... est quelquefois dure (disait déjà Pothier)... Mais... (elle) est nécessaire pour la conservation de

s'impose avec la puissance irrésistible de la nécessité) les « critériums » divers, simples point d'appui d'un raisonnement qui recherche au dehors de lui-même ses raisons d'être, ne sont plus guère qu'artifices et prétextes.

Si le but est atteint qu'importe, dès lors, les moyens dont on a fait usage ? Et qu'importent les « critériums », si l'on a abouti au dédommagement de la victime ?

N'est-ce pas la pressante, l'absolue nécessité de la réalisation de ce but qui explique d'autre part sur le plan théorique la continuelle *extension du domaine* de la responsabilité des maîtres et commettants à travers les différentes époques de l'évolution jurisprudentielle que nous avons parcourues ?... N'est-ce pas pour mieux plier le principe de

la *sûreté publique* et cette considération doit l'emporter sur les inconvénients ». Pothier, Traité du contrat de louage, n° 193.

Dans le même sens, Sainctelette, Responsabilité et garantie, p. 126 ; Stoicescu, Th. Paris 1908, p. 15 (cité par ce dernier).

Cette idée d'*ordre public* déplaît cependant à certains auteurs. Voir Planiol, Etudes sur la responsabilité dans *Revue Critique*, 1909, p. 290, qui la traite de « simple mesure de police » ou « d'expédient destiné à tirer les juges d'embarras » et qui regrette les raisons supérieures, à son avis, données par Domat.

Cette même idée qui, sous la forme d'une *garantie* envers les tiers, apparaît au premier plan dans les travaux préparatoires (V. le rapport au Tribunat de Bertrand de Greuille si souvent cité, et le Discours de Tarrible au Corps législatif) et dont la doctrine moderne fait la *base* même de la responsabilité des commettants (Savatier, note au D. P. 1928, 1, 17, col. 1 ; Dallant, note au D. P. 1931, 1, 171, col. 2, etc..., etc...) ressort parfaitement en évidence des attendus de certains arrêts :

« Attendu (dit un arrêt de la Cour de Toulouse, qui déclare l'exploitant d'une forêt civilement responsable de la faute de ses bûcherons)... que les ouvriers n'ont aucune surface, aucune responsabilité, aucune *garantie* dans le cas de malfaçon, de délit ou de quasi délit, commis par eux... » Toulouse, 3 mars 1883, S. 1884, 2, 161 (De Mortariou c. Amilhau et Comp. d'ass. ter. l'Union).

l'article 1384 § 5 du Code Civil aux circonstances toujours nouvelles qui en réclamaient l'application, que les juges ont ressenti le besoin de se débarrasser d'un certain nombre d'idées préétablies et de se forger des critères nouveaux ?... Ceci nous ramène à ce que nous disions dans notre introduction, page 11, à propos de la méthode particulière utilisée dans leur travail par certains auteurs. Ce n'est, en effet, qu'après avoir précisé les limites à assigner au *domaine* d'application de l'article 1384 § 5 que l'on peut, en recherchant les causes réelles de cette extension, passer à l'étude du *fondement* de ladite responsabilité, pour arriver à la conclusion que l'*ordre public exige* que la victime d'un dommage causé par un préposé reçoive satisfaction, non pas seulement au cas de *faute prouvée* à la charge du civilement responsable, mais aussi qu'il a créé à cause du *risque*.

Mais laissons de côté, pour le moment, cette question du fondement (1) et revenons avec les problèmes que le but de la loi soulève, à notre point de départ ; voyons notamment les règles que le juge devra respecter dans l'interprétation de la convention passée par les parties, et surtout les pouvoirs que la loi lui confère à cet égard.

Sur le premier point, il n'y a pas de controverse possible : les auteurs sont unanimes à déclarer que, si le juge, dans l'interprétation des conventions passées par les parties, doit s'attacher, en premier lieu, aux clauses expresses qui y sont insérées, ou aux clauses tacites auxquelles les parties ont entendu se référer, encore faut-il, que ce que les parties « ont voulu » ne soit pas en contradiction avec les exigences

(1) Que nous retrouverons plus loin.

de *l'ordre public*, sous peine de refuser auxdites clauses et auxdites volontés, tout effet juridique (1).

Mais, dans l'appréciation de cet ordre public quelle sera *l'étendue* du pouvoir d'intervention du juge ? Sur cette seconde question, la doctrine est extrêmement divisée. Les raisons profondes de cette controverse, viennent de ce fait, que le problème que nous avons envisagé, n'est qu'un aspect d'un problème beaucoup plus profond et plus important, sur lequel, aujourd'hui encore, l'école *classique* et l'école *sociale* opposent leurs vues : le problème essentiel du *fondement* même du droit, en général ; la divergence de ces doctrines est telle, qu'elle se répercute sur tous les domaines de notre science, et, avec plus d'âpreté que partout ailleurs, sur le terrain de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui.

Nous ne saurions dans le cadre d'une étude, comme la nôtre, consacrée à un problème particulier de la responsabilité délictuelle, nous attaquer — ce qui, d'ailleurs, serait une tâche au-dessus de nos forces — au plus vaste problème que puisse poser au juriste la Science du Droit. Ce que nous voulons, c'est éclairer, tout simplement, et résumer, si possible, en quelques lignes, la doctrine à laquelle nous entendons nous rallier et qui n'est autre que la conception dualiste du fondement du droit.

Si l'on allait en effet, au fond des choses l'on verrait que le Droit, en général, comporte deux éléments irréductibles : l'Individu et la Société, l'un l'élément agissant et créateur,

(1) V. Demogué, Obligations, tome V, n° 939, p. 143. V. aussi Julliot de la Morandière. Les différents aspects de la notion d'ordre public en droit privé français. Cours de doctorat. Paris, 1931-32 et 1932-33.

l'autre l'élément modérateur de la vie juridique et sociale (1). Chacune de ces deux grandes écoles souligne l'importance de l'un de ces deux éléments et tentent de réduire le plus possible le rôle et la valeur de l'autre. L'école classique fait de la liberté individuelle la règle et de l'ordre public l'exception. L'école sociale, au contraire, met l'accent sur l'ordre public et sur les nécessités sociales, et tente de réduire, dans de justes limites, le rôle de la liberté et de l'initiative individuelle. Entre ces deux conceptions opposées, la vie juridique évolue ; et selon que l'on se rattache à l'une ou à l'autre de ces deux doctrines on refusera ou bien, au contraire, on accordera au juge de larges pouvoirs d'appréciation (2).

(1) « Comment distinguer le *social* de l'*individuel* ? » (se demande René Worms) : « Pour Durkheim, le *social* c'est la règle d'action *imposée par la collectivité* ; l'*individuel*, c'est la modalité *abandonnée à l'initiative* de chacun ».

Worms : La sociologie, sa nature, etc... Paris, 1926, p. 36.

Entre ces deux pôles philosophiques, l'*individuel* et le *social*, il y a donc aux yeux du juriste, toute la distance qui sépare la *liberté individuelle* de l'*ordre public*.

(2) « Fidèles à leur point de vue, les écoles sociales ne donneront pas au juge dans l'interprétation du contrat les mêmes fonctions que l'école classique. L'école classique ne donnait au juge pour mission que la recherche de la volonté interne des parties et prenait des précautions pour que sous prétexte d'interprétation le juge ne puisse substituer son intention à celle des intéressés. Ici, au contraire, avec ce point de départ que *la volonté n'est pas la source du droit*, mais qu'elle est conforme au but social, on considère que le principal ce n'est pas surtout la volonté individuel mais le respect des intérêts et des *buts sociaux*... Il en résulte que le juge ne doit pas se préoccuper uniquement *de ce que les parties ont voulu*. Au fond, il doit prendre la volonté *en tant que manifestation sociale*... »

Julliot de la Morandière, Cour de doctorat précité, p. 133.

V. de même les auteurs cités, par ce dernier, Saleilles. De la personnalité juridique Paris 1910.

Georges Dureau : « De l'interprétation des actes juridiques privés », Th. Paris, 1905, p. 105.

Dans l'interprétation de la convention passée par les parties le juge devra rechercher non pas précisément (comme le veut la doctrine classique) les termes mêmes de la volonté des parties) (ce que les parties « ont voulu ») mais plutôt le *sens social* de cette manifestation de volonté, la mesure dans laquelle elle s'adapte aux nécessités sociales, aux buts sociaux. Divers éléments de fait pourront s'offrir à l'appréciation au juge, de valeur peut-être bien inégale, de signification peut-être contradictoire. Parmi ces éléments, le juge accueillera les uns, rejettera les autres et, dans son choix, il sera guidé, nous le répétons, par le souci constant d'assurer avant tout, le but de la loi, qui est d'ordre public.

Parmi tous ces éléments de fait ou « critères » il y en aura donc qui acquerront une *valeur sociale* pour ainsi dire, en tant qu'instruments techniques de réalisation d'un *but social*.

En face de la conception classique du rôle du juge en matière d'interprétation des contrats s'élève par conséquent une conception sociale, diamétralement opposée, et si d'après la première de ces conceptions, le juge est lié par de véritables critères-conditions, dont l'existence lui est révélée dans telle ou telle hypothèse déterminée, suivant la seconde, il devient, au contraire, libre de choisir entre les différents éléments qui s'offrent à son appréciation.

De là l'intérêt qu'il y a, en traitant des critères de la responsabilité des maîtres et commettants, de prendre parti sur la question, si délicate, du fondement même du droit, en général.

Si l'on nous disait maintenant que les pouvoirs exorbitants du juge l'inciteront de plus en plus à adopter des solutions personnelles et *arbitraires* nous répondrions que ce danger est en quelque sorte amorti par le danger contraire

et que l'on peut également redouter le désir d'innovation qui anime quelquefois les juges, et l'attrait qu'exerce le plus souvent sur leur esprit, la puissance de l'habitude et de la tradition.

Il est d'ailleurs une garantie contre ces abus éventuels : c'est le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation. Si en effet, dans telle ou telle hypothèse déterminée, tel élément de fait a été arbitrairement retenu par les juges comme suffisant pour attribuer à tel individu la qualité de préposé d'un autre, cette qualification légale ne va-t-elle pas, *en tant que question de droit* (1) tomber sous la censure de la Cour Suprême ? Dès lors le danger de l'arbitraire (de la part des instances du fond, tout au moins) ne va-t-il pas être écarté ?

*
* *

Au cours de notre étude sur la notion de préposé nous avons vu d'abord, dans un premier chapitre, l'étendue du *domaine* de la responsabilité des maîtres et commettants (périodes classique, sociale et moderne), en même temps que les *conditions essentielles* d'application de l'art. 1384, § 5 du C. Civil (fonction exercée pour le compte d'autrui et dommage causé dans l'exercice de la fonction). Le rapport de préposition s'analysait en un simple *rapport fonctionnel*.

Dans un second chapitre, nous avons vu les sources, d'où ce rapport fonctionnel découle : contrat de travail, contrat

(1) Pour ce point voir la remarquable thèse de M. Gabriel Marty : La distinction du fait et du droit, Toulouse, 1929, n° 115 B, p. 204, n° 119, p. 213. « ... Tout problème de qualification est question de droit et sa solution par les juges du fond doit être contrôlée par la Cour suprême ».

de louage de chose et de service, gestion d'affaires, mandat, rapports de complaisance.

Enfin, dans un troisième chapitre, nous avons examiné le rôle et la valeur des « *critériums* » de la responsabilité et le *principe directeur* qui sert au juge de guide dans le choix de ces *critériums*.

Notre étude, en somme, ainsi que nous l'indiquions déjà dans notre introduction, p. 24, devrait s'achever là. Nous répetons que nous n'avons nullement l'intention de traiter de la seconde des conditions d'application de l'art. 1384 § 5 : du dommage causé par le préposé dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions.

Cependant nous ne pouvons résister à la tentation d'examiner en *appendice* de notre étude une question bien intéressante que certains auteurs ont rattachée — à tort selon nous — à la notion de préposé (dont ils ont fait même l'une des données de la responsabilité des commettants) (1) que nous rattachons, nous, à la seconde des conditions de l'article 1384, § 5 à savoir aux dommages causés par le préposé dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions (2), et qui, dépasse par conséquent, le cadre que nous avons, dès le début, assigné à notre étude : la question du *recours* du commettant contre son préposé. Comme il est impossible cependant de passer tout de suite à l'étude de ce problème nous allons, *mais pour la nécessité de la transition seulement* effleurer, en passant, la seconde des conditions d'application de l'article 1384 § 5 du Code Civil, à savoir le dommage

(1) Flour, thèse précitée, Caen, 1933, p. 20.

(2) Contra Besson note au D. P. 1930, 215, p. 117, col. 1 : « la question de l'abus des fonctions et de la faute lourde est étrangère au problème du recours.

causé par le préposé dans l'exercice (ou par l'abus de ses fonctions.

Nous finirons notre étude par quelques considérations bien sommaires d'ailleurs sur le rapport des articles 1382 et 1384 § 5 du Code Civil, c'est-à-dire par un bref examen du fondement de ces deux textes.

APPENDICE

Le même mouvement jurisprudentiel, qui a abouti sur le terrain de la notion de préposé à l'extension considérable du domaine de la responsabilité des maîtres et commettants, est arrivé, sur le terrain de la relation unissant le dommage causé à l'exercice de la fonction du préposé, à comprendre ce rapport de cause à effet d'une manière sensiblement plus large qu'auparavant. Et l'on sait comment les arrêts ont fini par admettre que la responsabilité du commettant qui n'était engagée, à une époque antérieure, que par le dommage causé par le préposé dans l'exercice de sa fonction, sera, dorénavant, engagée, même par le dommage causé à l'occasion seulement de cet exercice ou bien par *abus* de ladite fonction (1).

L'exemple typique à cet égard demeure le cas du mécanicien de chemin de fer, inculpé dans une affaire de contrebande de tabac pour en avoir dissimulé à la frontière une certaine quantité dans le tender de sa locomotive (2). La

(1) V. Laurent, XX, n° 583 ; Huc, VIII, n° 449 ; Aubry et Rau, VI, 5^e éd., p. 401 ; Demolombe, XXXI, n° 615 ; Roux, note au S. 1914, 2, 177 (cités par Demogue, V, n° 919, p. 117. Adde : Van Den Driessche, Th. Lille, 1924 ; Flour, th. Caen, 1933, p.

Certains codes étrangers ont adopté formellement l'extension de la notion d'exercice des fonctions.

« Les maîtres et patrons, les entrepreneurs de travaux sont responsables du dommage causé par leurs serviteurs, ouvriers, employés ou préposés dans l'exercice ou à l'occasion des fonctions qui leur sont confiées ».

Art. 1373 du Code civil Japonais 1891.

(2) Besançon, 29 juin 1905 et sur pourvoi Crim. 22 mars 1907 rej. D. P. 1909, 1, 406 (Chem. de fer P.-L.-M. et Robequain c. l'Adm. des Douanes).

Cour d'Appel de Besançon et la Chambre Criminelle condamnèrent la Compagnie en tant que commettante du mécanicien fautif. Pourtant la formule de ces arrêts n'est pas à l'abri de tout reproche : « Attendu (dit la Chambre criminelle) que les faits ci-dessus énoncés, établis à la charge de Robequain, ont tous été commis par lui dans l'exercice de ses fonctions auxquelles il était préposé etc... » Or, il est clair que les termes « dans l'exercice de ses fonctions » ont ici un sens très large, puisqu'ils englobent non pas seulement les faits d'exercice proprement dit de la fonction de mécanicien (relatifs à la conduite et à la manœuvre de la locomotive), mais les faits délictueux commis à l'occasion de l'exercice de ses fonctions (par un véritable abus desdites fonctions). Ici encore, et malgré le changement opéré, les anciennes formules persistent encore pendant quelque temps (1).

D'autres arrêts sont plus explicites et consacrent, en termes formels, la responsabilité du commettant, au cas où le dommage a été causé par le préposé par abus de ses fonctions :

« Attendu dit l'un de ces arrêts que les maîtres ou commettants sont responsables non seulement du dommage causé par les domestiques ou préposés dans l'exercice normal et régulier des fonctions auxquelles ceux-ci sont employés mais encore du dommage résultant de l'abus de ces fonctions » (Crim. 11 juil. 1931, D. H. 1931, 493). Ou bien :

(1) C'est d'ailleurs le procédé habituel de tous les systèmes de transition.

V. pour une formule déjà plus souple Aix, 17 mai 1900, D. P. 1901, 2, 5' (Buathier c. Comp. P.-L.-M.).

« On ne saurait ignorer... qu'il (le préposé) n'ait accompli un acte qui, par sa nature, se rapprochait de ceux pour lesquels il était commis ».

« Attendu... qu'il importe peu que le préposé ait ou non abusé de ses fonctions ». Cette extension de la notion d'exercice des fonctions étant aujourd'hui constante en jurisprudence il importe peu, qu'elle soit contestée par une certaine fraction de la doctrine (1). Contentons-nous de souligner son importance au point de vue qui nous intéresse : Tout un domaine nouveau est annexé ainsi par la jurisprudence au domaine proprement dit de l'exercice des fonctions ; il sera tout naturel, dès lors, que des règles nouvelles y fassent leur apparition ; c'est ce que nous allons effectivement voir avec le chapitre sur le droit de recours (2).

(1) V. pour l'abus des fonctions :

(d'un agent commercial — fausses traites) Paris, 3 août 1897, D. P. 1898, 2, 32 ;

(d'un employé de chemins de fer), Civ. 24 mai 1927, D. H. 1927 ;

(d'un chauffeur — courses d'agrément) Crim. 11 juil. 1931, D. H. 1931, 493 ;

(d'un ouvrier terrassier — crime commis à l'occasion du travail) Douai, 1^{er} juillet 1896, D. P. 1899, 2, 155 ;

(d'un agent d'une comp. d'ass. — détournements) Crim. 19 janv., D. P. 1901, 1, 402 ;

(d'un porteur de bagages — vol de valises) Aix, 17 mai 1900, D. P. 1901, 2, 55 ;

(d'un agent de vente d'automobile — abus de confiance) Aix, 26 juil. 1922 et sur pourvoi crim. 3 mars 1923 rej., D. P. 1923, 1, 50 ;

(d'un préposé d'une compagnie de tramw. — fabrication clandestine de briquets) Aix, 13 mars 1914, D. P. 1914, 2, 176 et l'on pourrait multiplier à volonté ces exemples.

Contre l'extension jurisprudentielle : Mazeaud, I, 911, p. 638 ; Rutsaert, Th. précitée, p. 134.

(2) Nous allons dans le chapitre qui suit laisser de côté la question de savoir s'il est interdit au commettant de recourir contre son préposé au cas où ce dernier serait privé de discernement.

CHAPITRE I

Le droit de recours.

Considérons donc le préposé, c'est-à-dire l'individu qui exerce une certaine fonction pour le compte d'autrui.

Sa fonction lui commande certains gestes, certains actes, certaines manœuvres à exécuter. Mais quelles que soient l'intensité et la « mécanisation » de son travail, le préposé ne sera jamais réduit au rôle de simple automate, ou de simple instrument » aux mains de son maître (1) et l'activité qu'il dépense au service d'autrui n'épuisera jamais le champ tout entier de ses agissements éventuels. Il nous semble en d'autres termes, que le préposé, quels que soient les liens qui l'unissent à son commettant, gardera toujours une certaine marge de liberté individuelle et d'indépendance (2).

(1) V. cependant Mazeaud, I, n° 892, p. 628, suivant lequel le préposé ne jouit d'aucune indépendance dans l'exercice de sa fonction. Il n'est (dit cet auteur) « qu'un instrument entre ses mains ». Mazeaud, I, n° 935, p. 654.

Et de même Bartin sur Aubry et Rau, VI, § 447, p. 382, note 15 *ter*. « Le préposé n'est qu'un agent d'exécution ; il en résulte que sa part d'initiative personnelle, dans la conception des actes relatifs à l'exercice de ses fonctions, est nulle ; il est l'œil et le bras au service de l'intelligence et de la volonté d'autrui ».

(2) Tesseire, Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité, Th. Paris, 1901, p. 239 :

Entre le domaine de la liberté individuelle d'une part, et le domaine de l'activité déployée pour le compte d'autrui, d'autre part, s'étend donc comme une *zone intermédiaire* aux limites d'ailleurs bien imprécises, bien floues, où se produit une sorte d'interférence de ces deux domaines qui semblaient tellement distincts.

Nous ne sommes plus sur le terrain pur d'application de l'article 1384 § 5, mais bien sur un domaine déjà tout différent où l'on sent comme l'approche de l'article 1382 du Code Civil. (Il y a là une sorte de différence de payasage et de climat, comme pour l'excursionniste, qui passerait, par degrés insensibles, d'une contrée montagnaise à la rase campagne).

Il semblera donc tout naturel, que sur ce domaine intermédiaire, les règles de l'art. 1.384 § 5 et celles de l'art. 1.382 du C. Civ. viennent à se mêler, et à combiner leurs effets.

Le dommage causé ne se rattache plus par une relation de cause à effet à l'exercice proprement dit de la fonction du préposé. On serait donc tenté, au premier **abord** de le considérer comme un pur fait personnel, qui n'engage d'autre responsabilité que celle du préposé (1). Pourtant la jurisprudence, dans son désir d'assurer dans des cas toujours plus nombreux le dédommagement de la victime, en

« L'activité dont on répond est une activité douée, elle-même, d'initiative et de volonté ».

Dans le même sens Stoicescu, Th. Paris, 1908, p. 82 ; Zingher, Th. Paris, 1923, p. 19.

(1) V. à cet égard tout un ensemble d'arrêts se rattachant à cette première manière de voir. V. à titre d'exemple :

(garde particulier — dénonciations calomnieuses d'un prétendu délit de chasse). Trib. Civ. de Rambouillet et sur appel Paris, 16 mai 1872 inf. S. 1873, 2, 8 (Richard, Lefebvre et de la Ferté Meun c. Buisson).

est arrivée à considérer non pas seulement ce fait personnel, en soi, mais encore les circonstances particulières dans lesquelles il est intervenu, et c'est ainsi qu'elle a fini par le rapporter à la fonction qui en avait indiscutablement été la cause occasionnelle et indirecte.

Le fait dommageable du préposé aura donc un double caractère ; si, en tant que fait commis à l'occasion des fonctions (et se rattachant même d'une manière indirecte à cette dernière) il engagera la responsabilité du commettant sur le fondement de l'art 1384 § 5, en tant que fait personnel, abusif desdites fonctions, il engagera la responsabilité personnelle du préposé sur le fondement de l'art. 1382 et 1383 du Code Civil. Et c'est ainsi que sera légitimé, au cas de condamnation du commettant, le recours que ce dernier pourra exercer contre son préposé (1).

De la combinaison des règles de l'art. 1384 § 5 et des art. 1382 et 1383 du Code Civil se dégagera donc une règle nouvelle : la règle du recours ou de l'action en garantie. C'est cette règle que nous allons maintenant étudier de plus près, en doctrine et en jurisprudence.

*
**

En ce qui concerne d'abord cette dernière, ses vues ne sont plus, aujourd'hui, ce qu'elles étaient autrefois. La question depuis quelques années surtout a bien changé d'aspect et en tout cas elle prête à discussion. Nous ne saurions donc,

(1) « ... la justification véritable du droit de recours du commettant est à la fois plus simple et plus directe. Ce droit... découle... uniquement du principe de l'article 1382 » (Flour, th. précitée, p. 27).

à ce point de vue, suivre certains auteurs qui semblent — ainsi que nous le disions dans notre introduction p. 11 — considérer la question du recours comme étant en dehors de toute controverse, et comme résolue d'avance, au point qu'ils font figurer ce problème pourtant si délicat au chapitre des « éléments connus de la question (1) ».

C'est là, pensons-nous, non seulement nier l'existence des controverses doctrinales sur ce point, non seulement nier la valeur d'un changement jurisprudentiel récent (2) mais c'est prendre sur l'ensemble du problème de la responsabilité des commettants en vue « a priori » qui ne saurait nullement, être justifiée — comme nous le verrons (3).

(1) Flour, th. précitée, p. 20.

(2) V. plus loin.

(3) Cette attitude s'explique d'autant moins chez M. Flour que lui-même semble faire dépendre la question du recours, du fondement à assigner à la responsabilité des commettants.

« Sur le terrain de la *faute* l'existence du recours se *justifie* » dit M. Flour, p. 38.

Mais plus loin, p. 49 :

« Si la responsabilité du commettant reposait sur une idée de *risque* — et de quelque façon qu'on l'entende — le principe du recours devrait être *abandonné*. »

Ainsi, la controverse doctrinale sur le fondement de la responsabilité des maîtres et commettants produit des répercussions directes et engendre une controverse au moins tout aussi vive sur le terrain du droit de recours.

L'attitude des auteurs classiques (comme M. Mazeaud ou M. Flour) s'explique cependant fort bien : car ce n'est qu'en feignant d'ignorer ou en négligeant l'importance des discussions concernant le droit de recours (en admettant comme une vérité d'évidence l'existence, dans tous les cas, de ce dernier) qu'ils espèrent consolider leur conception particulière du fondement de ladite responsabilité. Or, c'est là une méthode qui n'est peut-être pas à l'abri de tout reproche. Pour la relation entre fondement et droit de recours voir René Dallant, th. Poitiers, 1927, p. 38.

D'ailleurs, si divers textes *spéciaux* (1) mentionnent expressément le droit de recours du commettant contre son préposé, l'art. 1384 § 5, (qui pose, pourtant, le principe *général* de la responsabilité délictuelle pour autrui) est *muet sur ce point*. La plupart des auteurs considèrent, il est vrai, ces différents textes comme une application du droit commun (2), mais ce point est assez discutable. Voilà donc bien des raisons qui empêchent la question du recours d'être résolue d'avance.

Quelle est la divergence qui divise la doctrine sur ce point ? Deux théories vont ici s'opposer, qui reposent chacune sur une conception différente du fondement de la responsabilité des maîtres et commettants. L'une, la théorie classique, qui fonde la responsabilité sur la *faute* commise par le commettant dans le *choix ou la surveillance* du pré-

(1) Art. 8, titre II du décret du 28 sept., 6 oct. 1791 sur la police rurale ; art. 74 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale ; art. 28 de la loi du 3 mai 1844 sur la police de la chasse ; art. 206 du Code forestier.

Voir Mazeaud, I, n° 951 et seq ; Bahgat, th. précitée, p. 192.

(2) Ce point est également admis par M. Demogue : « Il serait bizarre que ces textes plus sévères pour les personnes civilement responsables (puisqu'ils admettent la responsabilité du commettant même au cas de dommage causé par le préposé par abus de ses fonctions) aient entendu, dit M. Demogue, être plus indulgents que le droit commun, en accordant un recours qui serait refusé ailleurs (Demogue, Obligations, t. V, n° 953, p. 163).

Mais cette bizarrerie s'expliquera peut-être au point de vue historique si l'on pense que tous ces textes sont bien anciens (le plus récent date de 1844, le plus ancien de 1791) et qu'ils correspondent à une époque où la théorie du risque créé n'avait pas encore vu le jour. Le silence du texte de l'article 1384, § 5, qui pouvait, en ce temps-là, être interprété dans le sens de l'*existence* du droit de recours, doit aujourd'hui, après de si grands changements intervenus en notre matière, et après l'avènement de l'idée du risque créé, être interprété, pensons-nous, dans le sens contraire de l'*absence* en principe de ce même droit de recours.

posé. L'autre, la thèse sociale, qui fonde la responsabilité du commettant sur le risque qu'ils ont créé, lors de la mise en mouvement de l'activité du même préposé.

*
**

Pour les auteurs classiques, le recours du commettant contre son préposé va de soi (1). Si le commettant, disent-ils, est en faute d'avoir *mal choisi* son préposé, ce dernier, en échange, est en faute d'avoir *mal agi*. En définitive c'est lui, l'auteur matériel du dommage. C'est donc sur lui, que doit finalement peser la responsabilité (2). En tout cas, commettants et préposés ajoutent-ils, sont dans la même situation que les coauteurs d'un même délit ou casi-délit ; leur condamna-

(1) « Le principe du recours est admis par tous les auteurs » dit M. Besson, note au D. P. 1930, 2, 115 et de même, Mazeaud, I, n° 724, pp. 538-539.

V. de même en faveur du droit de recours :

Baudry-Lacantinerie et Barde, Obl. IV, n° 2391, éd. 1908, p. 645 ; Larombière, VII, p. 642 ; Planiol et Ripert, VI, éd. 1930, n° 656, p. 887 ; Colin et Capitant, II, éd. 1924, p. 395, éd. 1932 ; Beudant et Capitant, Esquisse..., Annales de l'Université de Grenoble, t. XVIII, 1906, p. 625 ; Planiol, Tr. élémentaire, II, n° 913 ; Sourdat, II, n° 770 ; Stoicescu, Th. Paris, 1908, p. 69 ; Demarne, Th. Paris, 1911, p. 208 ; Flour, Th. Caen, 1933, p. 29 ; René Dallānt, note au D. P. 1931, 1, 171, p. 172, col. I et II ; Mondet, Th. Bordeaux, 1897, pp. 27, 64.

Et M. Demogue lui-même faisant sur ce point une concession au système classique semble admettre en principe l'existence du droit de recours. Demogue, V, p. 163-164.

(2) Mazeaud, I, n° 728, pp. 540-541.

tion devra par conséquent être solidaire (1) et le commettant qui aura dédommagé la victime aura tout naturellement un recours contre son co-débiteur solidaire (2). A la base donc de la responsabilité des commettants, il y aurait — d'après les auteurs classiques — une idée de garantie (3), ou de cau-

(1) Pour la thèse de la responsabilité solidaire ou tout au moins *in solidum* :

Planiol et Ripert, VI, n° 656, éd. 1930, p. 887 ; André Besson, note au D. P. 1928, 2, 13, p. 14, col. 1 et note au D. P. 1930, 2, 115, p. 117, col. 1 ; Mazeaud, I, n° 724 et n° 935 ; Lalou, La responsabilité civile, n° 513, n° 261. Ces deux derniers auteurs reconnaissent, cependant, qu'il s'agit là d'une « obligation *in solidum* de caractère très particulier »...

(2) V. à ce point de vue le raisonnement typique de Mondet, Th. Bordeaux, 1897, p. 26 et de Besson, note D. P. 1930, 2, 115 précitée.

(3) Pour la thèse de la responsabilité garantie :

Mazeaud, I, n° 930 ; Rutsaert, th. précitée, p. 130 ; Besson, note au D. P. 1928, 2, 14 et au D. P. 1930, 2 117 ; Flour, th. Caen, 1933, p. 56 ; Ripert, La règle morale, n° 126.

Contre la thèse de la responsabilité garantie :

Sourdat, II, n° 760, éd. 1902, p. 10, qui relève trois différences entre la responsabilité du garant et celle du commettant :

1° l'idée de garantie s'applique tant aux actes d'autrui qu'aux actes personnels du débiteur ; la garantie de l'art. 1384, § 5, ne s'appliquerait qu'aux actes d'autrui ;

2° l'obligation de garantie naît toujours à l'occasion d'un contrat, tandis que la responsabilité civile du commettant peut avoir lieu indépendamment de toute convention ;

3° la garantie a pour but de protéger le créancier contre le trouble de droit et elle n'a pas lieu quand ce tiers ne cause au créancier qu'un trouble de fait ; tandis qu'au contraire la responsabilité civile a pour effet d'indemniser la victime des dommages qu'elle a subis « par suite d'actes matériels et de faits » qui ne se rattachent nullement à une relation juridique préétablie entre le civilement responsable et la victime.

Pour tout dire ces différences se rattachent toutes à cette idée de la responsabilité civile du commettant est de nature *délictuelle* tandis que la garantie est *contractuelle* par essence, et l'on reconnaît facilement, dans la thèse de la responsabilité garantie, la tendance générale des auteurs classiques à tout ramener au contrat.

tionnement (1), et la conséquence logique de cette idée c'est que l'action que la victime formera contre le commettant aurait toujours un caractère *subsidaire* (2). La victime devrait, si on poussait cette idée jusqu'à ses dernières conséquences, agir d'abord contre le préposé, discuter les biens de celui-ci, et seulement au cas d'insuffisance de ses biens ou d'inviolabilité complète de sa part, appeler le commettant en garantie.

Or, nous verrons que ni le principe du recours ni ses conséquences, ne cadrent avec tous les résultats admis par la jurisprudence.

D'abord en ce qui concerne le principe de la responsabilité solidaire, on sait qu'en vertu de l'article 1.214 du Code Civil, le codébiteur qui a payé le créancier n'a de recours contre son codébiteur solidaire que pour la *part contributive* qui revient à ce dernier dans le total de la dette et non pas pour le tout. Or il est de principe en notre matière que le commettant (au cas où la jurisprudence lui reconnaît expressément ce droit) exerce le recours *pour le tout* (3). Il est vrai que les dispositions de l'article 1.214 du Code Civil sont complétées par celles de l'article 1.216 du même Code qui apportent, comme on le sait, au principe de la division du recours entre codébiteurs solidaires, une notable dérogation. « Le paiement intégral fait au créancier par l'un des codébiteurs » (dit un arrêt de la Chambre Civile en faisant

(1) V. plus loin.

V. Planiol et Ripert, VI, n° 656 ; Mondet, th. Bordeaux, 1897, V. aussi René Dallant, th. Poitiers, 1927, p. 40.

(2) Mondet, th. précitée, Bordeaux, 1897, p. 65.

(3) « Si la faute... retombe entièrement sur le préposé il subira le recours pour le tout » (Flour, th. précitée, p. 29). De même, Mondet, th. précitée Bordeaux, 1897, p. 31 : « Le recours... doit être accordé pour la totalité ». De même, Planiol et Ripert, VI, n° 656 ; René Dallant, th. Poitiers, 1927, p. 40.

l'application de l'article 1.216 du Code Civil et en cassant l'arrêt contraire de la Cour d'Appel de Chambéry du 25 mai 1887) (1) « confère immédiatement à ce dernier un recours contre l'auteur co-obligé pour sa part contributive dans la dette... *à moins qu'il ne soit établi* » continue l'arrêt) ... que l'affaire pour laquelle la dette a été contractée *concernait exclusivement celui qui l'a payée*.

Or, cet article 1216 (de quelque manière que l'on puisse l'interpréter) ne vient-il pas à l'appui de notre thèse et de l'idée essentielle de fonction exercée pour le compte d'autrui que nous avons dégagée? Du moment que seul l'intérêt du commettant est en jeu, ne convient-il pas aux termes mêmes de l'article 1.216 du Code Civil lui refuser tout recours contre son préposé? « Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement, dit en termes formels ce dernier texte, ne concernait que l'un des coobligés solidaires (en l'espèce, le commettant) celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs... » (c'est-à-dire, en l'espèce, vis-à-vis du préposé). Puisque le préposé exerce sa fonction pour le compte du commettant c'est ce dernier seul qui est « intéressé à l'affaire », c'est lui seul qui doit être « tenu de toute la dette » : il faut donc lui refuser tout recours contre son préposé.

Même si, par conséquent, nous adoptions le point de vue de l'école classique, même si nous nous plaçons sur le terrain des obligations solidaires, il nous faudrait encore (et en vertu d'un texte formel : l'article 1216 du Code Civil) écarter la principale conséquence que cette école essaie, mais en vain, d'en tirer : à savoir le prétendu « principe » du droit de recours.

(1) Chambéry, 25 mai 1887, cassé par Ch. Civ. 29 octobre 1890, D. P. 1891, 1, 475. V. p. 477, col. 1.



Si l'on passait aux conséquences que ce « principe » du recours implique, au caractère essentiellement *subsidaire* de l'action formée par la victime contre le commettant, l'on verrait la jurisprudence (approuvée en cela par la doctrine (1) l'écarter dans la majorité des cas ; puisqu'elle accueille souvent dans la pratique une demande dommages-intérêts *principale*, formée par la victime directement contre le commettant (2) sans même que le préposé soit mis en cause (3) et *a fortiori* n'exige-t-on pas, bien entendu, la discussion préalable des biens du préposé (4).

Sur quoi donc se fondent les auteurs qui soutiennent que la responsabilité du commettant revêt un caractère subsi-

(1) Demolombe, XXXI, n° 634, p. 548 ; Baudry La Cantinerie et Barde, Oblig., IV, n° 2933, p. 646 ; Labiche, th. Poitiers, 1881, p. 93.

(2) V. Demolombe, XXXI, n° 634, p. 548-549 ; v. Mondet, th. précitée Bordeaux, 1897, p. 85 ; v. aussi Crim. 2 déc. 1881, D. P. 1882, 1, 191 qui consacre le principe de l'indépendance de l'action dirigée contre le civilement responsable.

(3) Mondet, th. précitée, 1897, p. 84, pp. 44-45 ; Bahgat, th. précitée Paris, 1929, p. 189.

(4) Demolombe, t. XXX, n° 634, pp. 548-549 : « La partie lésée peut exercer l'action naissant de la responsabilité civile : soit *principalement* contre celui auquel cette responsabilité incombe ; soit accessoirement à l'action principale... Il est vrai que l'obligation de celui qui est civilement responsable est en général considérée comme accessoire ; c'est ainsi que Pothier l'appelle... Mais c'est seulement dans les rapports de celui qui est civilement responsable avec l'auteur du fait dommageable, que la responsabilité paraît revêtir le caractère d'une sorte de *cautionnement* ; aussi Pothier ajoute-t-il que ceux qui sont tenus de cette responsabilité civile *ne peuvent opposer* contre l'action qui en naît, ni l'*exception de division*, ni celle de *discussion* ». Dans le même sens, voir Demogue, *Obligations*, tome V, n° 959, p. 169 ; Besson, note au D. P. 1928, 2, 13 précité, p. 14, col. 1 ; Sourdat, II, n° 759, p. 10.

diaire ? Essentiellement, à notre avis, sur l'existence — qui leur semble indiscutable — du droit de recours (1)

Mais ce droit de recours s'il est généralement admis par la doctrine, est-il toujours admis par la jurisprudence, et si les arrêts le rejettent formellement, dans certains cas, l'idée de garantie ne devra-t-elle pas s'effacer aussi dans la même mesure ? Nous avons de fortes raisons de le croire, et c'est ce que nous allons voir plus loin.

Pour le moment, bornons-nous à constater que si le caractère *intégral* du recours s'oppose à ce que l'on admette la théorie de la responsabilité *solidaire*, le caractère *principal* de l'action, formée par la victime, interdit de faire appel à la théorie de la responsabilité-*caution*. L'insuffisance à ce point de vue de la thèse classique devient manifeste, et cette dernière mérite quelque peu le reproche d'incohérence que

(1) « L'engagement du commettant (dira M. Besson) a... tous les caractères accessoires de la caution : il se mesure à l'obligation principale, ne peut exister que si celle-ci est valable et consacrée, et disparaît dans la proportion où s'opère l'extinction de la dette principale. D'ailleurs le commettant qui a réparé le préjudice causé par son préposé, a toujours (!) un droit de recours contre celui-ci et quoique en fait ce recours soit généralement illusoire, il prouve bien le caractère de simple garantie de l'obligation du commettant.

Besson, note sous Dijon, 20 juil. 1927, D. P. 1928, 2, 13, p. 14, col. 1.

Pour les auteurs plus anciens, partisans de la théorie de la responsabilité caution, Toullier, XI, n° 271 ; Duranton, XIII, n° 722-725 ; Zachariae, par. 447, texte et note 10 ; Larombière, VII, p. 634 ; Demolombe, XXXI, n° 634 ; Laurent, XX, n° 621 ; Huc, VIII, n° 441 (cités par Baudry Lacantinerie, Obl., IV, n° 2932, éd. 1908, p. 646).

Contre l'idée de responsabilité-caution, Ripert, t. I, 3^e éd. 1929, 835, p. 908, « la responsabilité du fait d'autrui serait une responsabilité de seconde ligne, une sorte de cautionnement... Une telle conception donne une idée insuffisante de la responsabilité du fait d'autrui ».

l'on lui a déjà adressé (1), car, d'une part, elle pose la *faute* du commettant, d'autre part son *recours intégral* contre le préposé, mais elle n'arrive pas à établir le lien solide et durable entre ces deux idées contradictoires ; à justifier leur coexistence.

Suivant la doctrine sociale au contraire, le commettant n'aurait aucun droit de recours contre le préposé (2) ; car accorder un recours au commettant serait lui permettre de se dégager d'une manière indirecte de la présomption irrefragable qui pèse sur lui (3). La doctrine sociale, elle, appa-

(1) « La théorie traditionnelle (dit avec raison M. Teisseire) se place toujours au même point de vue individualiste et moral et cette conception la conduit à ce résultat très bizarre : vis-à-vis des tiers elle considère le commettant et le préposé comme normalement *subordonnés*... ; mais pour leurs rapports internes elle considère le commettant et le préposé comme normalement *indépendants*...

Au point de vue civil, ce qu'il faut atteindre, c'est l'initiative supérieure..., c'est celui qui commande et non celui qui obéit, c'est la tête qui dirige et non le bras qui exécute. Le C. Civ. a entrevu cette idée en édictant l'art. 1384. Il en a senti l'importance en refusant au maître la permission de se disculper. Mais il a gardé en même temps l'idée morale et *individualiste* comme principe directeur. De la juxtaposition de ces *idées contradictoires* est née la *solution incohérente* que nous critiquons.

Teisseire, Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité, Th. Paris, 1901, pp. 245-246.

(2) Dans ce sens, Demarne, Th. Paris, 1911 p.

« Le recours du commettant cadre mal avec l'idée de risque ». De même, Rutsaert, th. 1930. p. 120.

En matière maritime, Ripert, I, 3^e éd., n° 835, p. 908 ; De Courcy, Questions de droit maritime, t. II, préface p. VIII. V. de même Hindenburg (délégué danois à la Conférence int. mar. d'Amsterdam de 1904 :

« Le capitaine qui s'est mépris, ne doit pas payer. Il a fait de son mieux ; le propriétaire doit payer le dommage et *sans avoir de recours* contre le capitaine. (Bull. du Comité Int. Mar. n° 11, p. 23.

(3) Ou comme dit M. Dalland ce serait « admettre au moment du recours, ce que l'on refuse au moment de l'action principale ». Dalland, Th. Poitiers, 1927, p. 39.

rait ainsi cohérente et d'accord avec elle-même lorsque, posant le fondement du risque créé, elle en tire cette conséquence logique de l'absence de tout recours de la part du commettant. Seulement, il nous semble que cette thèse, parfaitement valable pour le domaine d'application pure de l'art. 1384 § 5 du C. Civ. ne l'est plus pour cette zone intermédiaire dont nous parlions plus haut où le dommage est causé par un véritable abus des fonctions. A notre avis, le problème du recours est indissolublement lié comme nous le verrons plus loin à cette question de l'abus des fonctions, et il nous semble que ce soient là les seuls cas où il serait équitable d'accorder au commettant un recours contre son préposé (1).

Quelle est maintenant à cet égard l'attitude de la jurisprudence ? Les arrêts, à vrai dire, sont bien peu nombreux ce qui s'explique fort bien, le préposé étant généralement insolvable et tout recours dirigé contre lui pratiquement inutile (2). Malgré leur nombre très réduit, il nous faudra encore opérer un tri parmi eux et éliminer de la discussion certaines hypothèses où la responsabilité a été (ou bien aurait dû être) franchement engagée sur le fondement de l'art. 1382 du C. Civ) (3).

Ainsi un arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 février 1886 (4) qui retient la responsabilité du commettant à rai-

(1) Pour le développement de ce point de vue, voir plus loin p. 212 et suivantes.

(2) C'est, à coup sûr, cette absence d'intérêt pratique qui a fait que les auteurs ont plus ou moins négligé, jusqu'à ces dernières années, le problème du recours.

(3) En ce sens, Mondet, *Le recours des personnes responsables des faits d'autrui*, Th. Bordeaux, 1897, pp. 36-37.

(4) Req. 24 févr. 1887-1886 rejetant le pourvoi formé contre Alger 5 nov. 1883, D. P. 1887, 1, 31 (Maurel c. Comité des courses de Constantine).

son de la faute personnelle par lui commise. « Attendu (commence par poser l'arrêt) que la personne civilement responsable a un recours à exercer contre celui qui par son fait a causé le dommage qu'elle a été condamnée à réparer ».

Il semble à première vue que l'on se trouve bien dans le cadre de l'art. 1384 § 5. Mais, il n'en est rien, car l'arrêt continue : « Attendu que lorsqu'indépendamment de la responsabilité civile qui lui incombe, elle a participé au délit ou quasi-délit, les tribunaux sont autorisés à répartir entre elle et l'auteur du dommage le montant des réparations dans certaines proportions suivant la gravité des *torts* imputables à chacun d'eux ».

Il s'agit donc bien de faute commune et de répartition de la responsabilité en proportion de la gravité respective des dites fautes d'application pure et simple par conséquent des articles 1382 et 1383 du Code Civil.

De même un arrêt de la Chambre Criminelle du 3 juin 1932 (1) par lequel un mineur, Africano, est condamné, sur le fondement de l'art. 1382, à réparer le préjudice causé à Plat, son patron, victime de l'accident. Pourquoi l'arrêt mêle-t-il l'article 1384 § 5 à l'affaire, et pourquoi parle-t-il du droit de recours que le commettant aurait contre son préposé ? — alors que le patron (représenté par ses héritiers) figurait dans l'instance, non pas en qualité de commettant, mais en qualité de victime de l'accident, et que peu importait, dans la circonstance, (comme le remarque, d'ailleurs, l'arrêt de la Chambre Criminelle) sa qualité de commettant.

« Attendu » (dit cet arrêt) « que si le commettant est civilement responsable du dommage causé à un tiers par son

(1) Crim. 3 juin 1932 rejetant le recours formé contre Paris 7 mars 1931, *Gaz. Pal.* 1932 (2^e sem.) 308 (Africano).

préposé, contre lequel, d'ailleurs, il possède, en ce cas, un recours (1), sa responsabilité civile ne saurait le priver lorsque le dommage a été causé à lui-même, du droit qui appartient à toute victime d'un préjudice d'en demander réparation à son auteur, fut-il son préposé ».

Ecartons donc, ces deux arrêts, du débat. Que reste-t-il de la jurisprudence que nous critiquons ?

Quelques arrêts, très peu nombreux, qui reproduisent la formule classique selon laquelle « toute personne civilement responsable peut exercer un recours contre celui dont la faute a causé le dommage » (1).

Ainsi un arrêt de la Chambre de Requêtes du 16 juillet 1928. En l'espèce, l'employé d'un armurier en voulant examiner un revolver qu'un client lui avait remis quelques instants auparavant, le déchargea involontairement et blessa ce dernier. La Cour d'Appel et la Chambre des Requêtes condamnèrent le patron, en tant que civilement responsable de l'accident, mais lui accordant en échange un recours contre son employé, encore que ce dernier eut été dans l'exercice de ses fonctions (2).

(1) Citons, à titre d'exemple, Bordeaux, 25 octobre 1927 et sur pourvoi Req. 16 juil. 1928, rej. D. H. 1928, 477 S. 1928, 1, 280, *Gaz. Pal.* 1928, 2, 530 (Beylac c. Caunier et autres).

Trib. Civ. de Laval, 22 juin 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, 2, 498 (Géhard c. Lecomte et Beucher).

Crim. 2 déc. 1881, rej. S. 1883, 1, 44 (Forcioli c. Chevalon).

(2) « Attendu (dit la Ch. des Requêtes) que toute personne civilement responsable du fait de son préposé peut exercer un recours (1)... Attendu qu'il est déclaré par l'arrêt attaqué que l'accident dont David a été victime est dû exclusivement à la faute de Beylac qui a omis de vérifier s'il ne restait pas une cartouche dans le canon du pistolet qu'il avait à examiner. Attendu que cette appréciation... justifie... la décision par laquelle la Cour d'Appel a condamné Beylac à relever et à garantir son patron Caunier des condamnations prononcées contre celui-ci au profit de David, etc... Rejette. »

Aussi cet arrêt se rattache-t-il à la conception classique qui pose le principe du droit de recours. Nous verrons plus loin que cette conception a été dépassée par une jurisprudence plus récente.

Le jugement du Tribunal Civil de Laval du 22 juin 1932 (1) admet de même le droit de recours ; mais comme en même temps il critique la théorie émise par l'arrêt antérieur de la Cour de Paris du 14 mars 1930 (2) nous allons préalablement examiner ce dernier arrêt.

On se souvient des circonstances de la cause : l'arrêt de la Cour de Paris déclarait Marc Bondonneau père civilement responsable des suites de l'accident d'automobile dû à l'excès de vitesse dont s'était rendu coupable son fils majeur Michel, qu'il avait chargé de la conduite de la voiture. Après avoir établi la faute de ce dernier et la qualité de préposé qu'il avait acquise dans la circonstance par rapport à son père, l'arrêt se prononce sur l'action récursoire que la Compagnie d'Assurances (obligée de garantir Marc Bondonneau père, propriétaire de la voiture, de toutes les condamnations prononcées contre ce dernier) demandait à exercer contre l'auteur de l'accident. Et l'arrêt de la Cour de Paris du 14 mars 1930, rompant la théorie traditionnelle classique, refuse pour la première fois en commettant tout droit de recours contre son préposé, en consacrant la distinction, si judicieuse et féconde, à notre avis, de *l'exercice* et de *l'abus* des fonctions.

(1) V. note 1 page précédente.

(2) Paris, 14 mars 1930, D. P. 1930, 2, 115, note. André Besson, Rev. gén. des ass. terr., 1930, 577 et note ; Maurice Picard, et sur pourvoi, Requêtes 18 avril 1932, rej. D. H. 1932, 284.

« Considérant (dit textuellement l'arrêt de la Cour de Paris) que si le civilement responsable qui a réparé le préjudice causé à la victime par l'auteur du quasi-délit, a *recours* contre celui-ci, pour le recouvrement de la *totalité* de l'indemnité, par l'exercice d'une action en garantie, principale ou incidente, *c'est seulement* dans le cas où cet auteur du fait dommageable, *abusant de ses fonctions*, a ainsi commis une *faute lourde* dans l'exercice de celle-ci. Que si, au contraire, ce préposé s'est borné à exécuter des instructions formelles qu'il avait reçues de son commettant, celui-ci est privé de tout recours contre celui-là... »

L'arrêt pose donc une distinction bien nette :

Si le préposé n'agit que dans l'exercice de ses fonctions (si en l'espèce le fils se borne « à exécuter (dit l'arrêt) les instructions formelles qu'il avait reçues », c'est-à-dire de conduire, suivant le désir exprimé par son père, les invités dans un endroit déterminé) il n'y aura *pas de recours* de la part du commettant. Au contraire, le recours aurait été admis, si le préposé avait « abusé » de ses fonctions, ou s'il avait commis une « faute lourde » dans l'exercice de celle-ci (car il est de principe que la faute lourde confine à l'abus et au dol).

Différents auteurs déjà avaient entrevu la solution à laquelle la Cour de Paris s'est arrêtée (1).

D'autres auteurs avaient aussi adopté des vues quelque peu analogues, mais leur défaut, c'est d'avoir usé de termes impropres, à notre avis ; le recours contre le préposé n'étant

(1) Dans ce sens et employant justement les termes de « faute légère » et de « faute lourde » Planiol dans *Rev. Crit.*, 1909, p. 299, note 1. V. de même Ripert, *Droit maritime*, I, 3^e édition, 1929, n^o 849, p. 922.

admis, par eux, qu'au cas où l'acte dommageable émane de sa seule *initiative* (1).

Or, nous jugeons le terme d'initiative défectueux, car il se peut fort bien que le préposé agisse dans certaines circonstances de son propre mouvement, de sa propre initiative et demeure quand même dans l'exercice des fonctions (2).

De même les auteurs qui ne refusent qu'exceptionnellement le droit de recours, au cas seulement où le préposé a agi à l'encontre des *ordres formels* de son commettant, — font appel à notre avis à un critérium discutable (3). Car nous avons vu que le préposé, comme dans l'espèce tranchée par la Cour de Paris peut engager la responsabilité de son commettant, exclusive de tout recours, alors même qu'il n'a en fait reçu aucun ordre de la part de ce dernier. Car pour ce qui est des prétendues instructions que le père aurait données à son fils, au moment du départ, M. Besson reconnaît lui-même qu'elles ne sauraient avoir aucun rapport avec

(1) Voir : Ripert, Dr. maritime, 3^e éd., 1929, tome II, n° 1235, p. 187 ; Becqué, *Rev. trim.*, 1914, p. 255 ; Dhorne, Th. Paris, 1898, p. 64 ; Teisseire, Th. Paris 1901, pp. 245-246 : « Le fait du préposé doit rester à sa charge dans la mesure où il émane de son *initiative* personnelle et doit retomber à la charge du commettant dans la mesure où il apparaît comme l'émanation et *l'instrument* du fait de celui-ci ».

(2) Voir le cas du gérant d'affaires : Nancy, 5 décembre 1896, D. P. 1897, 2, 455 et note Planiol.

(3) Colin et Capitant, II, éd. 1932, p. 201 ; R. Beudant et Capitant dans Beudant, Cours IV, n° 1216 ; Sourdat, II, n° 769 ; Lot, th. Paris, 1886, p. 210 ; Mondet, th. pr., p. 76 ; Chevalier, Th. Paris 1898, p. 155 ; Stoicescu, Th. Paris, 1908, p. 101 ; Zingher, Th. Paris, 1923, p. 103 ; André Besson, note D. P. 1930, 2, 115, p. 118, col. 1.

« Le maître a incontestablement un recours... Pourtant il en serait autrement dans le cas où ce dernier (le préposé) n'aurait fait qu'exécuter l'ordre formel du premier... » Colin et Capitant, II, *op. et loc. cit.*)

Adde Maurice Picard dans Rev. Gén. des ass. terr., 1930, p. 584.

le dérapage de l'automobile qui a été la cause de l'accident (1).

Nous rejetons donc comme insuffisants ou impropres le critérium de « l'initiative personnelle » et le critérium des « ordres formels » pour nous rallier au critérium jurisprudentiel de l'exercice et de l'abus des fonctions.

(La solution de la Cour de Paris était d'ailleurs doublement sage et équitable : car non seulement elle refusait au commettant, en l'espèce au père, tout recours, mais aussi parce qu'elle refusait ce recours à la Cie d'assurances, qui se prétendait subrogée, aux termes de l'art. 1.251, § 3 du C. Civ., aux droits et actions du commettant.

Nous ne saurions dans le cadre d'une étude comme la nôtre insister sur une question aussi spéciale que celle de la subrogation de l'assureur dans les droits et actions du subrogé. Aussi ne faisons-nous que l'indiquer).

Enfin un jugement du Tribunal Civil d'Indre-et-Loire du

(1) V. Besson, note au D. P. 1930, 2, 115 précitée.

(2) Si, avant 1930, ce point pouvait être encore discuté, le texte de la nouvelle loi du 13 juillet 1930 sur les assurances terrestres (art. 36, 3^e alinéa, B. L. D. 1930, p. 508) est venu trancher définitivement la question, dans le sens de l'absence de tout recours de la part de l'assureur contre : « les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, *préposés*, employés, ouvriers ou *domestiques* et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré... » Et « ce texte (dit M. Besson, note précitée) ferait... obstacle, désormais, à une action récursoire de l'assureur contre le préposé de l'assuré ». La théorie de la Cour de Paris, loin d'avoir été *affaiblie* par la loi sur les assurances terrestres du 13 juil. 1930 (comme semble l'insinuer M. Mazeaud, I, n^o 728, note (1), p. 540) a été au contraire *confirmée* par elle.

D'autre part, « à l'heure actuelle les polices couvrent non seulement la responsabilité de l'assuré, mais encore celle de toute personne conduisant la voiture assurée » (Maurice Picard, note sous Paris, 14 mars 1930, précitée).

28 mars 1929 mérite qu'on lui accorde quelque attention (1) car il déclare un patron, en l'espèce une Compagnie d'électricité, civilement responsable de la faute de son préposé, un certain May, coupable du délit d'homicide par imprudence du jeune Lhuillier ; et le jugement accorde à la Compagnie l'Abeille (qui avait assuré la Compagnie d'Electricité « contre les conséquences dommageables pouvant résulter pour celle-ci de l'application des articles 1382 et suiv. du C. Civ. ; (art. 10 des conditions de la police souscrite le 10 et 11 avril 1923) un recours contre May, auteur de l'accident. « Attendu que la Société l'Electrique d'Indre-et-Loire (dit le Tribunal) déclarée civilement responsable du fait de May son préposé par le jugement correctionnel (du même tribunal, 25 juin 1927)... est en droit d'exercer son recours contre celui-ci, dont la faute a causé le dommage qu'elle a été condamnée à réparer... etc... Par ces motifs... Dit et juge recevable l'action de la Cie d'Assurances l'Abeille... Dit bien fondé son recours contre May etc... »

Seulement le jugement du Tribunal ne dit pas si le délit d'homicide par imprudence dont May s'est rendu fautif a été commis dans l'exercice ou à l'occasion seulement de l'exercice de ses fonctions. De sorte qu'il devient difficile soit d'approuver soit de critiquer cette décision. Si le délit avait été commis dans l'exercice des fonctions, l'arrêt ne ferait que rééditer la thèse classique. Mais si le délit avait été commis par un véritable « abus » des fonctions, il confirmerait très exactement la théorie de la Cour d'Appel de Paris.

*
* *

(1) Trib. Civ. Indre-et-Loire, 28 mars 1929, D. H. 1929, 263, Cie d'Assurances *L'Abeille* c. May).

La nouvelle distinction jurisprudentielle de l'exercice et de l'abus des fonctions, qui nous paraît tellement intéressante, est rejetée cependant par certains auteurs qui la traitent avec une certaine nuance de dédain d'« invention » (1) « purement fantaisiste » (2) de la jurisprudence, semblant oublier de la sorte le rôle de cette dernière et tous les progrès que ses efforts ont fait accomplir à la science du Droit (3).

D'autres auteurs cependant (sans se rallier précisément au critérium ci-dessus, avaient déjà entrevu une solution moins rigide et plus équitable du problème. C'est ainsi que M. Demogue propose d'accorder au juge, au cas où il serait embarrassé de répartir entre commettant et préposé la charge définitive de la responsabilité, de larges pouvoirs d'appréciation. Ayant à peser, d'une part, une faute réelle et d'autre part, une faute fictive, (car présumée par la loi), et à comparer ainsi deux choses qui par leur nature même ne sont point comparables, le tribunal pourra se trouver dans un extrême embarras : « Ici (dit M. Demogue) interviendra une sorte d'*imperium* qui lui fera dire qu'il convient de *répartir* l'indemnité sur telle base ou de la faire peser entièrement sur l'auteur. Solution empirique, mais tout ne peut se décider dans la vie par la pure logique » (4).

Il y aura donc — à notre avis — trois catégories d'hypo-

(1) Mazeaud, I, n° 728, note I, p. 540.

(2) Mazeaud, I, n° 927, p. 647.

(3) D'ailleurs depuis la publication du traité de responsabilité de MM. H. et L. Mazeaud l'arrêt de la Cour de Paris n'a-t-il pas été confirmé par la Chambre des Req. de la Cour de Cassation ? (Req. 18 avril 1932, D. H. 1932, 284).

(4) Demogue, Obligations, t. V, n° 954, p. 165.

thèses à distinguer : dommages causés par le préposé dans l'exercice de ses fonctions, dommages causés *conjointement* par le commettant et par le préposé (*faute commune*) et dommages causés par le préposé, mais par *abus* de ses fonctions. Au premier cas, le commettant n'aura *pas de recours* contre son préposé ; au second il aura un recours *partiel*, au troisième un recours *intégral* (1). De ces trois solutions, les deux dernières seulement sont admises par M. Demogue ; mais le seul fait d'avoir accordé au juge dans ces cas de larges pouvoirs d'appréciations et le seul fait d'avoir donné du problème une solution plus souple et plus équitable ne constitue-t-il pas déjà un progrès certain sur les vues en quelque sorte plus rigides des auteurs classiques ?...

*
**

Irons-nous maintenant, avec certains auteurs jusqu'à comparer la responsabilité civile du commettant par les fautes commises par le préposé dans l'exercice de ses fonctions à celle de l'Etat, des départements et des communes pour la mauvaise organisation ou le fonctionnement défectueux des services publics et rapprocher ainsi les règles du droit *privé* de celle du droit *public* ?

« Le droit administratif (dit M. Ripert) apprécie d'une façon plus fine la responsabilité du fonctionnaire, quand il distingue *la faute de service*, qui est l'œuvre de la puissance publique par l'intermédiaire de l'agent et la *faute personnelle* œuvre du particulier qui se cache sous le fonction-

(1) Ce n'est que dans cette troisième hypothèse que l'affirmation de M. Dallant devient exacte : le commettant supporte les risques de l'insolvabilité de son préposé. (V. Dallant note au D. P. 1931, 1, 171, p. 17, col. II).

naire. C'est une telle distinction qu'il faut acclimater en droit privé » (1).

Jusqu'à un certain point, l'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui évoque assez bien l'idée de service qui domine en droit public (2) ; en ce qui concerne notamment la question du droit de *recours* du civilement responsable contre l'auteur du dommage, il peut sembler assez séduisant de rapprocher (mais — à notre avis — sur ce point seulement, au cas de faute commise par le préposé dans l'*exercice proprement dit* de sa fonction) les règles du droit privé de celles plus avancées du droit public. Pour toutes les autres différences qui subsistent entre la responsabilité du commettant et celle des administrations publiques, le rapprochement se heurte à des difficultés insurmontables (3). Et il en sera ainsi toutes les fois en géné-

(1) Ripert, Dr. mar., 3^e éd. 1929, t. I, n° 835, p. 908.

(2) Et c'est dans ce sens que certains auteurs ont pu dire que le préposé n'était que le fonctionnaire du droit privé (René Garnier, Th. Rennes, 1927, p. 46, précité).

(3) Pour l'étude de ces différences, voir Paul Duez, La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat), Paris, 1927, p. 11 et suiv. Nous n'avons pas à entrer dans ces détails ; illustrons par un seul exemple notre pensée : l'une de ces différences consiste en ce que la faute de service n'est pas comme la responsabilité du droit privé nécessairement liée à la faute d'un agent déterminé » il suffit (dit M. Duez) de relever un mauvais agencement général *anonyme*, une mauvaise tenue du service. — La faute anonyme engage donc la responsabilité de l'administration, tandis qu'en droit privé elle ne serait pour le commettant qu'une cause d'irresponsabilité. Au cas de vol d'automobile par exemple et d'accident causé par des individus demeurés inconnus, nous savons que la jurisprudence déclare le propriétaire de la voiture irresponsable (voir plus haut, p. 95). Sur ce point comme sur tant d'autres les théories du droit public sont en notre matière plus avancées que celles du droit privé. Tout rapprochement dès lors est interdit, du moins en principe.

ral que l'on voudra transposer purement et simplement du droit public au droit privé des règles apparues sur le premier de ces deux domaines seulement et engendrées par des nécessités qui demeurent, malgré tout, propres au droit public.

« La jurisprudence du Conseil d'Etat, dit M. Duez, se meut sans l'aide des lisières du droit privé et spécialement des articles 1.382 et suivants du Code Civil. Qu'il s'agisse de la responsabilité pour faute, qu'il s'agisse de la responsabilité pour risques, l'inspiration ne vient pas du Code Civil : les théories incluses dans les arrêts sont des *théories autonomes, reflétant les idées du droit public* » (1).

Et de même M. Besson (2) : « cette conception (de la distinction de la faute de service et du fait personnel du fonctionnaire) qui fait un partage heureux des responsabilités et qui de ce fait mérite d'être retenue au point de vue législatif n'est pas celle de notre droit privé ».

Entre la responsabilité du droit privé et celle du droit public il n'y a donc aucun point de contact à relever, sauf, à notre avis, un seul concernant *l'absence de tout recours* et de l'administration contre le fonctionnaire (au cas de *faute de service*) et du commettant contre le préposé (au cas de *faute* commise dans *l'exercice* proprement dit des *fonctions* de ce dernier. Nous reconnaissons cependant bien volontiers que ce seul point est insuffisant pour permettre un rapprochement ou une analogie que rien d'autre ne saurait justifier (3).

*
* *

(1) Paul Duez, *op. cit.*, p. 60-61.

(2) Besson, note au D. P. 1930, 2, 115, p. 117, col. 1.

(3) Pour ledit rapprochement : Ripert, *Dr. mar.*, 3^e éd. 1929, t. I, n° 835, p. 908 ; René Garnier, *Th. Rennes*, 1927, p. 46 ; Contra, Paul Duez, *op. cit.* ; André Besson, note précitée.

Revenons cependant au droit de recours. Les auteurs classiques eux-mêmes ne sont-ils pas obligés de reconnaître qu'il y a des cas où le droit de recours ne saurait-être admis ? Ainsi après avoir posé tout d'abord le principe du recours M. Besson (1) par exemple apporte tout de suite une dérogation à ce principe imaginant l'hypothèse suivante : un chauffeur d'automobile auquel son maître, qui a pris place à ses côtés, lui donnerait l'ordre de conduire à une vitesse exagérée. Le chauffeur serait en l'occurrence placé sous la dépendance immédiate et directe de son maître, et réduit en somme au rôle de simple « instrument » entre ses mains. En cas d'accident il devient alors facile d'interdire au maître civilement responsable tout recours contre son préposé, car le maître a été en faute d'avoir donné au chauffeur des ordres dangereux. Mais entendons-nous ! : La responsabilité du maître n'est plus engagée alors sur le fondement de l'article 1384 § 5 du Code Civil mais bien sur celui de l'article 1382, tout simplement. Or, n'est-ce pas là changer les données essentielles du problème ? Et la responsabilité de l'article 1384 § 5 qui met en jeu trois personnages différents : la victime, le préposé et le commettant ne diffère-t-elle pas, essentiellement, de celle de l'article 1382 qui ne met en cause que deux personnes : la victime et l'auteur du dommage ? L'espèce imaginée par M. Besson semblait pourtant bien rentrer dans la première de ces catégories. Mais admettre la responsabilité du propriétaire de la voiture alors qu'il n'y avait eu aucune faute de sa part et qu'au contraire celle-ci avait été commise par une autre personne, (en l'espèce par le chauffeur), répugne généralement aux auteurs classiques.

(1) Besson, note précitée.

Et alors dans le seul but de faire, à tout prix, reposer la responsabilité du propriétaire de l'automobile sur sa propre faute personnelle, ces auteurs ont recours à un procédé bien caractéristique : ils subtilisent, tout simplement, la personnalité du préposé (1). Celui-ci n'est plus qu'un *instrument* aux mains de son maître. Sa personnalité s'est en quelque sorte évaporée : il n'y a plus de préposé... Les seuls personnages qui subsistent encore, ce sont la victime du dommage et le proprietaire de la voiture.

De la sorte, on le voit, les auteurs classiques atteignent leur but, qui était de faire glisser doucement l'espèce du domaine de l'art. 1384 § 5 sur celui de l'art. 1382 du Code Civil. Dès lors l'absence de recours n'étonnera plus personne. Car en effet contre qui le propriétaire de la voiture pourrait-il encore l'exercer ?

Or, l'on sent tout ce que cette idée de « confusion » (2) entre la personnalité du commettant et celle de son préposé, de « volatilisisation » pour ainsi dire de la personnalité du préposé, contient d'artificiel et de fictif. Car, on a beau dire qu'il n'y a plus que deux personnages en présence : victime ayant souffert le dommage, d'une part, (mais dommage matériellement causé par qui ?...) et propriétaire qui a donné les ordres dangereux (mais qui a donné ses ordres à qui ?...) rien ne peut effacer la personnalité du préposé et rien ne

(1) « Plus l'acte est conforme aux instructions du maître plus il tend à échapper à son auteur pour devenir celui du maître qui l'a inspiré. Dans ces conditions, la personnalité du préposé est *tellement effacée*, qu'on ne voit plus le bras qui a agi ; on ne considère que la volonté étrangère qui l'a fait agir et la responsabilité de cet acte remonte à cette dernière ». (Louis Mondet, *Le recours des personnes responsables du fait d'autrui*, th. précitée, p. 75).

Dans le même sens, Besson, note au D. P. 1930, 2, 115 ; Planiol, *Rev. Crit.*, 1909, p. 300 ; Mazeaud, I, n° 859, p. 614.

(2) Mazeaud, I, n° 935, p. 654.

peut réduire, à notre sens, ce dernier, au rôle de simple instrument dans les mains de son maître.

D'ailleurs, l'hypothèse imaginée par M. Besson est sensiblement différente de celle de l'arrêt de la Cour de Paris. Car autre chose est de donner au chauffeur des ordres exprès quant à la vitesse, par exemple, — et autre chose de lui donner des instructions générales qui ne concernent que le lieu où le conducteur doit se rendre et peut-être aussi la direction qu'il doit suivre, *indications qui n'ont, en tout cas, rien à voir avec la réalisation de l'accident* (1).

(1) Que l'itinéraire fixé par le propriétaire de la voiture n'ait aucun rapport avec l'accident dû à la faute du préposé, c'est non seulement ce que les auteurs sont bien obligés de reconnaître expressément (Besson, note au D. P. 1930, 2, 115, p. 118, col. 1 ; Flour, th. précitée, p. 48), mais c'est ce qui résulte aussi très clairement de certains arrêts. C'est ainsi que : « le mécanicien... chargé par le constructeur de faire les essais de consommation d'une automobile reste le préposé de sa maison même si l'acheteur... lui fixe l'itinéraire à suivre ». (Trib. Civ. Evreux, 27 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 673, cité par M. Demogue, V, n° 911, p. 108). Et cela est bien compréhensible car la fonction de chauffeur était exercée pour le compte du constructeur de la voiture. « Les essais » (dit M. Demogue) « étant faits dans l'intérêt du vendeur ». Voir de même Colmar, 7 mai 1926 et Crim. 21 oct. 1926, (D. H. 1926, 498, précité), où c'est l'acheteur (la Société hollandaise) qui impose au convoi d'automobiles la direction qu'il doit suivre, et où pourtant c'est le vendeur (la maison française) qui est déclaré responsable. Voir de même Dijon (Chamb. Corr.) 24 juin 1931, D. H., 1931, 530, précité, où c'est la Société laitière qui fixe l'itinéraire à son livreur et où pourtant c'est ce dernier qui est déclaré civilement responsable.

La prétendue autorité que le propriétaire de l'automobile conserverait sur la personne de son chauffeur, préposé à la conduite de ladite voiture, disparaît ainsi à l'analyse.

« Au cours des voyages prescrits par le propriétaire de l'automobile au chauffeur emprunté, on ne voit guère en quoi peut s'exercer, sur la conduite technique du volant, des commandes ou des pédales, la prétendue autorité gardée par le garagiste... » (Savatier, note au D. P. 1928, I, 17).

D'ailleurs même si le propriétaire de l'automobile n'avait pas pris place dans la voiture à côté de son chauffeur ce dernier n'en aurait pas moins engagé la responsabilité du premier (1).

D'autres auteurs encore, se prononcent contre la discrimination jurisprudentielle. M. Maurice Picard par exemple soutient que : « La distinction ainsi faite, entre la faute lourde du préposé et sa faute légère, n'a aucune base juridique, et la Cour de Cassation l'a rejetée (2). Tout ce que l'on peut admettre, c'est que le commettant est privé de son recours, lorsque le dommage est la conséquence d'une faute de sa part. Que l'on suppose par exemple que le propriétaire ait dit à son chauffeur : « allez plus vite » et que cet ordre ait causé l'accident... » (3).

Comme on le voit, M. Maurice Picard se rallie au critérium des ordres formels que nous avons critiqué (4). Nous ne saurions revenir sur ce point.

Enfin, quant au jugement du Tribunal Civil de Laval du 22 juin 1932 (5), qui est postérieur à l'arrêt de la Cour de Paris, ci-dessus analysé, mais qui refuse cependant de suivre sa théorie, (puisqu'il accorde au commettant un recours

(1) V. à ce propos le jug. du Trib. de Saintes du 19 juil. 1930, S. 1931, 2, 28, précité :

« Attendu que même si le propriétaire de l'automobile n'est pas présent dans le véhicule au moment de l'accident, le conducteur... reste néanmoins le préposé » du propriétaire.

(2) Req. 16 juil. 1928, D. H. 1928, 447 : Or cet argument n'a plus de valeur depuis le revirement de la jurisprudence de la Chambre des Requêtes du 18 avril 1932, D. H. 1932, 284.

(3) Maurice Picard note à l'arrêt de la Cour de Paris du 14 mars 1930, dans la *Revue Générale des Assurances terrestres* de 1930, p. 577.

(4) V. Plus haut, p. 214.

(5) Trib. Civ. de Laval, 22 févr. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, 2, 498 (Gehard c. Lecomte et Beucher) précité.

contre son préposé, alors que ce préposé n'était que dans l'exercice de ses fonctions), on pourrait peut-être se demander si les circonstances de la cause n'ont pas été sans avoir exercé quelque influence sur la solution adoptée par les juges.

Le « préposé » était en effet dans l'espèce un petit mécanicien-garagiste de campagne, et bien qu'il eut été chargé par un certain Lecomte de conduire l'une de ses voitures (contenant les bagages de ce dernier) jusqu'à Paris, avec obligation pour Lecomte de lui payer un salaire forfaitaire de cent francs, la nourriture pendant le trajet, les frais d'hôtel à Paris et son billet de retour en 3^e, « éléments qui permettent » dit le jugement « de décider que Beucher était bien le préposé de Lecomte », il est peut-être encore permis de se demander si le fait que Beucher était garagiste de profession (et que, par conséquent, sa situation habituelle était celle d'un entrepreneur indépendant), n'a pas influencé les juges de telle manière qu'ils aient pu — après avoir, déclaré d'abord que ses fonctions occasionnelles étaient bien celles d'un préposé de Lecomte — revenir sur ce qu'ils avaient déjà décidé et — en se rappelant sa profession habituelle d'entrepreneur indépendant — lui faire subir le recours de Lecomte.

Ceci n'est évidemment qu'une simple hypothèse que nous émettons. Il se pourrait parfaitement qu'elle ne corresponde nullement à la réalité et qu'au fond les juges aient entendu, tout simplement, se rapporter à la théorie classique que nous avons critiquée qui pose le principe du droit de recours.

Mais quoiqu'il en soit, il faut reconnaître que l'autorité du jugement du Tribunal civil de Laval n'est aucunement comparable au prestige dont peut jouir l'arrêt de la Cour

d'appel de Paris — confirmé sur pourvoi, et en tous points, par la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation.

Aussi, la théorie de la Cour de Paris nous semble-t-elle annoncer une orientation nouvelle, et la distinction qu'elle pose entre l'*exercice* et l'*abus* des fonctions, nous semble avoir bien des chances de s'imposer désormais en jurisprudence.

*
**

Cette distinction est cependant bien délicate et dans maintes hypothèses, il sera bien difficile au juge de se prononcer sur la question de savoir si le préposé était bien — oui ou non — dans l'exercice proprement dit de ses fonctions. Certes le juge se référera aux circonstances de la cause et c'est l'examen attentif de l'*objet* de la fonction qui lui fournira les données de la solution à rendre. Cependant, les difficultés pratiques n'en resteront pas moins grandes... De même, il sera bien délicat de décider, dans certaines circonstances, si l'acte abusif du préposé se rattache ou non, par un lien quelconque, plus ou moins direct, à la fonction exercée par le préposé (1).

Entre l'*exercice* proprement dit de la fonction et l'*abus* de cette fonction — entre cet *abus* fonctionnel et le *fait pu-*

(1) C'est ainsi que le cas du préposé apparent par exemple ne semble soulever, dans la majorité des cas, qu'une question de responsabilité purement personnelle du soi-disant préposé. En ce sens Demogue, V, n° 891, p. 83 : « Ayant été préposé, mais ne l'étant plus, ayant été préposé pour une affaire et se faisant passer pour employé permanent, le prétendu commettant n'est pas responsable, sauf s'il a commis la faute de laisser établir ou à maintenir cette situation. » V. de même, *Rev. trim.*, 1923, p. 774.

vement personnel du prétendu préposé... les situations les plus diverses et les plus nuancées pourront s'échelonner. L'abus des fonctions nous semble ainsi constituer (comme nous l'avons déjà dit plus haut) une sorte de *zone intermédiaire* aux frontières bien imprécises et quelque peu floues, qui réalise la transition insensible du domaine des articles 1382 et 1383 du Code Civil, où règne le fait personnel (ou la *faute*) — à celui de l'exercice d'une fonction pour le compte d'autrui de l'article 1384 § 5 du Code Civil où règne, en maîtresse, l'idée de *risque* créé.

C'est ainsi que, sur le terrain de l'abus des fonctions, s'opère un rapprochement, nous semble-t-il, des deux grandes doctrines de la *faute* et du *risque* qui opposent, en théorie pure, leurs vues irréductibles.

CHAPITRE II

Le fondement de la responsabilité des maîtres et commettants.

Ces deux doctrines, nous avons eu maintes fois l'occasion au cours de notre étude de les voir se dresser l'une contre l'autre et partout, en notre matière, les répercussions de cette grande controverse se sont fait sentir. Mais nulle part leur opposition n'est plus directe ni plus profonde que sur le domaine du *fondement* même de la responsabilité édictée par l'art. 1384 § 5 du Code Civil. Et cela se justifie aisément si l'on pense que cette divergence irréductible n'est qu'un aspect, nous le répétons, de l'éternelle controverse qui séparera toujours les auteurs classiques et les auteurs sociaux sur le problème essentiel du fondement même du droit en général (1).

Les deux doctrines ont d'ailleurs été si souvent exposées qu'il paraîtrait quelque peu anachronique de reprendre ici leur étude. Le Droit, sur ce point comme sur tant d'autres,

(1) « ...La vérité c'est que le duel qui met aux prises les partisans du *risque* et les défenseurs de la *faute*, n'est qu'un épisode de la lutte sans merci que se livrent autour du *fondement* même du Droit, les partisans de la conception *sociale*, du Droit et les défenseurs du vieux principe *individualiste*. »

Fliniaux : Discours à la rentrée de la Faculté de Droit. *Annales de l'Université de Paris*, 1928, p. 116.

n'a-t-il pas évolué ? et faut-il encore de nos jours assigner à la responsabilité des maîtres et commettants le même fondement que celui que lui prêtaient, il a plus d'un siècle, les auteurs du Code Civil ? Certes la faute et le risque ont toujours leurs partisans et leurs adversaires. Mais la controverse qui opposait jadis les auteurs classiques et les auteurs sociaux n'a-t-elle pas quelque peu perdu de son actualité et de son intérêt ? A l'époque de la rédaction du Code Civil l'article 1384 n'était considéré que comme une simple annexe de l'article 1382, puisqu'il ne faisait que développer le principe général de responsabilité que ce dernier texte posait. Avec les temps modernes et l'avènement de la théorie du risque créé l'article 1384 a acquis vis-à-vis de l'article 1382 du Code Civil une autonomie difficilement contestable. Et M. Savatier notamment, a déjà brillamment montré dans une note de jurisprudence les différents aspects de cette émancipation progressive de l'article 1384 du Code Civil (1).

Les arrêts cependant n'ont pas eu à se prononcer directement sur les rapports des articles 1382 et 1384 § 5 mais seulement sur ceux des articles 1382 et 1384 § 1^{er} du Code Civil. C'est ainsi qu'une demande nouvelle fondée sur l'art. 1384 § 1^{er} du Code Civil est recevable en principe — alors même qu'une demande antérieure (ayant le même objet) mais fondée sur l'art. 1382 a été rejetée par une dé-

(1) Pour l'autonomie de l'article 1384 à l'égard de l'article 1382, voir Savatier, note sous Req. 9 juin 1928, D. P. 1928, I, 153 (Demoiselle Brousse contre Guiraud), p. 154, col. 2, n° 2, et les arrêts cités par cet auteur : Civ. 24 mai 1927, D. P. 1928, I, 128 (Dame Bouhahyaoui contre Chemin de fer d'Algérie); Req. 23 nov. 1927, D. P. 1928, I, 121 (Chevalier contre dame Ratti et autres) et note Besson.

Contra : Besson, note sous Req. 23 nov. 1927, précitée.

cision ayant acquis autorité de chose jugée (1). C'est ainsi que la victime du dommage ne peut pas « après avoir fondé sa demande en première instance sur l'article 1382 du Code Civil invoquer en appel pour la première fois l'article 1384 § 1^{er} » du Code Civil. Car ce serait là invoquer non pas un moyen nouveau, mais une véritable cause nouvelle et violer ouvertement l'article 464 du Code de procédure civile. C'est ainsi encore que la prescription de l'action civile fondée sur l'article 1382 du Code Civil (par l'effet de la prescription par trois ans de l'action publique) laisse subsister intacte l'action civile fondée sur l'article 1384 § 1^{er} du Code Civil (2). Il semble bien par conséquent que l'article 1382 et l'article 1384 § 1^{er} reposent sur des fondements différents : l'article 1382 sur le principe de la personnalité des fautes, l'article 1384 § 1^{er} sur l'idée de risque créé.

Mais ce que l'on peut dire du fondement de ces deux textes ne peut-on le transposer pour les articles 1382 et 1384 § 5 du Code Civil ? Il nous semble que la réponse affirmative ne devrait faire de doute pour personne. La parenté des paragraphes 1 et 5 de l'article 1384 ne tenant pas seulement à un rapprochement purement formel dans le cadre d'un même texte de loi mais dérivant de manière plus profonde de l'analogie même des situations pour lesquelles ces textes ont été édictés. Répondre du fait d'une chose qui vous appartient (même si l'on n'en a pas la « garde matérielle ») ou bien répondre du fait d'une personne qui exerce une fonction pour votre compte (même si l'on n'en a pas la « sur-

(1) Req. 23 nov. 1927, précité.

(2) Civ. 24 mai 1927, précité.

(3) Le fondement de la responsabilité du fait d'autrui est dans ses lignes générales le même que celui de la responsabilité du fait des choses (Teisseire, Th., Paris, 1901, p. 238).

veillance effective ») ce sont là deux aspects d'une même situation de fait impliquant la mise en mouvement de certaines activités humaines ou de certaines énergies mécaniques au profit (ou dans l'intérêt, ou pour le compte) d'autrui et impliquant, par conséquent, l'idée de « risque créé ».

L'article 1382 et l'article 1384 § 5 du Code Civil nous semblent donc bien reposer sur des fondements différents (1). C'est — en reprenant une terminologie qui a d'ailleurs été critiquée — ce que l'on énonce couramment en disant que l'article 1382 édicte une responsabilité purement « subjective », tandis que l'article 1384 § 5 pose le principe d'une responsabilité « objective » (2).

(1) Et c'est en vain, à notre avis, que certains auteurs essaient de se prévaloir de l'expression de « présomption de faute » que les arrêts de la jurisprudence continuent malgré tout à insérer dans leurs formules. Il y a là une simple survivance historique qui témoigne, certes, des changements intervenus dans la matière, mais que l'on aurait tort de prendre à la lettre. Car encore une fois toute présomption de faute devrait admettre la preuve contraire, sous peine d'être inique.

Pour la « présomption de faute » qui pèse sur le gardien juridique de la chose en vertu de l'article 1384 § 1^{er} du Code Civil, voir la note de M. André Besson au D. P. 1928, I, 121, p. 122, col. 2 et pp. suiv. : « En décidant d'une façon catégorique que l'article 1384 constitue par rapport à l'article 1382 une nouvelle demande, elle (la Cour de Cassation) semble manifester indirectement sa véritable pensée sur la notion de garde et montrer qu'en réalité la *présomption de faute n'est qu'une apparence*. » Dans le sens de la Cour de Cassation, voir Savatier, note sous Reg. 9 juin 1928, précitée.

(2) Voir Josserand : La responsabilité du fait des choses inanimées et Cours, t. II, n° 513, p. 250.

Quelle a été, à cet égard, l'évolution historique des principes ?.. A proprement parler, le droit romain n'a connu tout d'abord qu'une responsabilité objective (v. Fliniaux, Cours approfondi de Droit romain, Paris, 1931-32). Les mœurs n'étaient pas assez raffinées pour que s'introduise déjà, dans la Société antique, l'idée psychologique de faute. Aussi, l'avènement de la « culpa »

Si maintenant, les deux doctrines de la faute et du risque s'opposent irréductiblement en théorie, n'y a-t-il pas en pratique un terrain de conciliation possible ?

« ... Le progrès, à notre avis » (disait M. Fliniaux) (1) ne doit pas être recherché dans l'écrasement du vieux principe individualiste et dans le triomphe absolu de la conception

à Rome — empruntée par Q. Mucius Scaevola le Pontife (Consul an 659) à la législation hellénique (V. Fliniaux, discours précité, p. 107) marqua-t-elle un progrès certain du début du droit classique sur les temps antérieurs, nécessairement plus frustes et plus barbares. Après des siècles et des siècles d'évolution juridique, le droit civil français faisait encore, en 1804, reposer l'édifice tout entier de la responsabilité délictuelle sur l'idée millénaire de faute.

Cependant, de nos jours, se dessine, dans la vie juridique des sociétés, comme un retour à l'ancienne conception de la responsabilité objective du Droit romain primitif, pour des raisons tirées cette fois-ci non plus de la « simplicité des mœurs », mais bien des « progrès » mécaniques de notre « civilisation » moderne.

Au fond, c'est peut-être le même besoin d'ordre public, de sécurité du dédommagement de la victime, qui impose à certaines périodes plus ou moins instables de l'évolution et de la vie juridique des sociétés, les mêmes remèdes et les mêmes principes (*Certitude* de la réparation du dommage à une époque ou des mœurs, assez rudes encore, empêchaient le développement des investigations psychologiques... *Certitude* de la réparation encore, à une époque comme la nôtre où les progrès du machinisme ont introduit au monde tant de dangers et de risques nouveaux).

Un grand cycle de l'histoire de la responsabilité délictuelle pour autrui se ferme ainsi — un autre s'entr'ouvre... Cependant, le cycle nouveau ne fait que rappeler un cycle très ancien, que l'on croyait à jamais révolu...

La conception de Goethe, selon laquelle la vie des sociétés pourrait être graphiquement représentée par une spirale dont la courbe, s'éloignant de plus en plus de son point d'origine repasserait à chaque cycle bien près de la courbe qu'elle a laissée au-dessous d'elle, semble ainsi se vérifier. (V. Edmond Picard : *Le Droit pur. Permanences juridiques abstraites*. Paris 1899 p. 297. Cf. Demogue *Obligations* tome III p. 460).

(1) Fliniaux : Discours... dans *Annales de l'Université de Paris*, 1928, p. 116.

sociale du droit. C'est une erreur de croire qu'il n'y a pas place *en même temps pour les deux tendances*. Si le droit n'est pas purement individuel, il n'est pas non plus purement social. Sans doute les droits sont toujours conditionnés par le milieu social, mais il reste vrai qu'ils n'en ont pas moins leur origine première dans l'individu. S'il en est ainsi, la recherche de la justice doit être moins poursuivie dans le choc des deux concepts, que certains se plaisent à dresser l'un contre l'autre, que dans une *heureuse conciliation* des deux tendances, qui peuvent pour le bien général *se limiter et se pénétrer mutuellement* ».

Mais cette conciliation et cette mutuelle pénétration des deux principes, de la faute et du risque, ne l'avons-nous pas vue déjà réalisée quelque part ?...

Entre le domaine de l'art. 1382 de la faute personnellement commise, et celui de l'art. 1384 § 5 du Code Civil de la faute commise par le préposé dans l'exercice des fonctions à lui confiées, nous avons vu s'étendre — comme une *zone* intermédiaire, qui n'est autre que le domaine de la faute commise par le préposé par *abus* de ses fonctions, terrain *neutre*, en quelque sorte, où viennent se mêler et se concilier, en pratique, les règles parfaitement différentes découlant des articles 1382 et 1384 § 5 du Code Civil.

De l'art. 1382 à celui de l'art. 1384 § 5 la transition est insensible. Où s'arrête l'idée de faute et où commence l'idée de risque ? Nul ne saurait tracer entre ces deux domaines une limite rigoureusement nette et précise ; (d'ailleurs une telle limite existe-t-elle quelque part, dans quelque domaine que ce soit ?)... Entre ces deux pôles opposés, (la faute et le risque), les espèces les plus variées viennent s'échelonner comme entre le rouge et le violet, toutes les couleurs et les nuances du spectre solaire. A cet égard, les théories irrég-

ductibles ne sont, en général que représentatives de tendances extrêmes... La vie, elle, par la richesse même et la variété de son contenu, est dans ses grands traits plus conciliante et de tendances plus modérées.

*
**

Considérons cependant, une fois encore ces deux principes opposés : la faute et le risque.

Laissons de côté l'analyse de la notion de faute (« acte coupable » d'après les auteurs classiques, simple « acte domageable », d'après les auteurs sociaux) et demandons-nous seulement ce qu'il faut entendre par le terme de risque.

Est-ce le risque qui découle, pour tout patron spéculant sur le travail de ses ouvriers, du fonctionnement de son entreprise et qui apparaît comme la contre-partie des profits, ou bénéfices économiques, qu'il en retire ? Au point de vue historique, c'est tout d'abord, cette conception du risque qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence ; et son avantage était incontestable puisqu'elle arrivait à une formule qui rapprochait les règles du droit civil de celles de la législation ouvrière sur la réparation des accidents du travail. Seulement ce premier stade de la doctrine du risque a été vite dépassé et nous avons vu avec la matière des accidents d'automobile et des relations de complaisance comment les arrêts en sont venus à détacher complètement la responsabilité des commettants de l'idée d'entreprise, et à

(1) Saleilles : Compte-rendu de la thèse de M. P. Penker Dijon 1893 dans la *Rev. Bourguig. de l'Enseig. Supérieur*, 1894, p. 647.

(2) Jossierand : La responsabilité du fait des choses inanimées, Paris, 1897, p. 106. Note sous Trib. Civ. de Bourges, 7 févr. 1895, etc... D. P. 1900, 2, 289, p. 292, col. 2.

déclarer civilement responsable du fait d'autrui une personne qui ne retirerait en fait aucun « bénéfice » proprement dit de l'activité de l'autre. (Tel un propriétaire d'automobile qui confie la conduite de sa voiture à un parent ou à un ami et qui n'est peut-être poussé que par le désir de lui faire plaisir...)

Aussi la conception originaire du risque est-elle obligée nous semble-t-il — de faire place à une idée plus large, capable de justifier les solutions de la jurisprudence récente, à l'idée brillamment émise dès 1897 déjà par M. Louis Josserand (et dont l'illustre Doyen de la Faculté de Droit de Lyon est aujourd'hui encore le défenseur enthousiaste) l'idée de risque créé.

« Le commettant (dit M. Josserand) par cela même qu'il utilise les services, l'activité d'autrui, crée un risque dont il doit supporter les conséquences » (1).

Le seul fait donc que le commettant met en mouvement l'activité de son préposé suffit pour justifier la responsabilité du premier du fait des dommages que le second a pu causer au tiers dans l'exercice de ses fonctions. La *cause matérielle* de ces dommages demeure évidemment l'acte personnel du préposé. Mais leur *source juridique* réside dans la personne du commettant. Car c'est *dans son intérêt c'est pour son compte* que ladite fonction est exercée. Certes, c'est *l'ordre public* qui constitue le *fondement général* de la disposition de l'article 1384 § 5 du Code Civil. Mais c'est *l'idée de risque créé* qui seule fournit la raison pour laquelle une responsabilité irréfragable (*juris et de jure*) pèse à un certain

(1) Josserand : Cours de Droit civil positif français, II, n° 513, 2°, p. 250. V. de même Becqué : De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, dans *Rev. trim.*, 1914, p. 287.

moment sur la tête de telle ou de telle personne déterminée.

Les avantages de cette idée de risque créé sur l'idée de faute — en tant qu'explication des règles propres à l'application de l'article 1384 § 5 — nous semblent difficilement contestables ; seule l'idée de risque créé s'accorde, d'abord, comme nous venons de le dire, avec le *caractère irréfragable* de la responsabilité édictée par l'article 1384 § 5 (toute présomption de faute devant admettre — comme nous le savons — la preuve contraire) (1). Elle seule s'accorde avec l'*extension jurisprudentielle en matière d'abus des fonctions* (car en vertu de la conception classique de la faute, la responsabilité du maître aurait dû se limiter aux seuls dommages causés par le préposé dans l'exercice proprement dit de sa fonction ; car ce n'est en effet que pour les actes de cette espèce qu'il a été choisi, qu'il a été soumis à surveillance) (2). Enfin elle seule s'accorde avec le *principe de l'absence de recours* de la part du commettant contre son préposé, au moins pour le cas de dommage causé dans l'exercice proprement dit de ses fonctions (3).

(1) Voir p. 43. Cf. Flour, thèse précitée, p. 46.

(2) V. Flour, thèse précitée, p. 340 : « Le risque créé s'accorde avec une appréciation très large de l'exercice des fonctions. En utilisant les services d'autrui, le commettant n'augmente pas seulement sa propre puissance d'action ; par la mission qu'il lui confie, il augmente aussi celle du préposé. Si le fait de créer un risque... justifiait la responsabilité, ce serait le cas d'appliquer le principe. »

(3) Cependant, cette conception du risque créé n'est pas encore unanimement admise en doctrine. Et sans parler des auteurs classiques qui rejettent plus ou moins résolument cette idée (Voir, par exemple, M. Capitant qui ne semble l'accepter qu'avec bien des réserves. Cours de Droit Civil, t. II, éd. 1929, p. 393). M. Demogue, lui est pas non plus très favorable et semble lui préférer l'ancien aspect de l'idée de risque où la responsabilité du commettant n'apparaît que comme la juste contre-partie des profits de l'entreprise), l'idée de risque-profit,

Entre l'idée de faute et l'idée de risque s'interpose ne l'oublions pas — une véritable révolution juridique — un bouleversement complet des institutions et des principes, en même temps qu'un notable changement des conditions du travail, du genre de vie et des mœurs en général. Nous n'allons pas bien entendu, reprendre ici l'étude de toutes ces causes multiples qui ont déterminé au xx^e mais surtout au xix^e siècle, les profondes transformations juridiques et sociales que l'on sait. A l'occasion de l'étude des conditions d'application de l'article 1.384 § 5 et plus particulièrement à l'occasion de l'examen du critérium de la dépendance économique et sociale, nous les avons déjà très brièvement évoquées. Les exposer, ce serait tout simplement dresser le tableau complet des transformations subies par la société moderne depuis que s'est produit ce prodigieux événement, si riche de nos jours encore de conséquences imprévisibles : l'avènement au monde du machinisme.

Qu'il nous soit permis de rappeler ici — et c'est avec cette considération que nous allons finir notre étude — l'importance de l'une de ces causes multiples : nous voulons parler de l'immense développement qu'a prise dans nos sociétés modernes (en France, en Allemagne, en Angleterre, mais

jadis émise par Saleilles (V. Demogue : *Obli.*, t. III, n° 285, p. 471). V. de même Savatier, note sous Req. 10 nov. 1924, D. P. 1925, I, 49. Sans doute, M. Demogue voit-il dans l'idée de risque créé comme un retour aux idées du droit romain primitif lorsqu'il écrit :

« Cette idée d'un rapprochement des bonnes et des mauvaises chances me paraît plus claire et plus exacte que celle voisine, que l'on rencontre chez beaucoup d'auteurs, d'une responsabilité parce que l'on a agi, ce qui semble dire : on est responsable, comme cause. Il y a là une idée de responsabilité qui semble se rattacher à des conceptions *purement matérialistes* du monde. » Demogue, *Obligations* tome III, p. 471 ;

surtout aux Etats-Unis de l'Amérique) la pratique du système des assurances (1).

Les effets de cette pratique sont des plus heureux ; car du moment que les risques sont, en définitive, supportés par une compagnie d'assurance qui trouve, dans un système de primes savamment calculées, la compensation des pertes qu'elle peut éventuellement subir (2) on arrive ainsi à une sorte d'amortissement des malchances et à une formule de répartition des risques qui ne peut que cadrer avec les tendances socialisantes de notre époque (3).

« L'idée de dissémination des risques (écrit M. Demogue (4)... c'est la base de la théorie... fameuse de la solidarité sociale. » Aux dangers introduits au sein du monde civilisé par le machinisme et aux accidents innombrables auxquels il a donné lieu correspond ainsi, tout naturellement, un surcroît équitable de responsabilité civile et de garantie, *en même temps qu'un accroissement de la solidarité sociale.*

(1) Ce point a déjà été mis en lumière par les auteurs, voir surtout : Besson : Effets du contrat d'assurance D. H. 1930. Chr. pp. 33-36.

(2) Et ces primes ne constituent pas une charge trop lourde pour les commettants — au moins en ce qui concerne les patrons d'industrie — puisqu'elles rentrent dans les frais généraux, font élever les prix des produits et en somme se répartissent comme certains auteurs l'ont déjà remarqué, sur la masse totale et anonyme des consommateurs (V. Demarne, Th., Paris, 1911).

(3) V. Besson : Effets du contrat d'assurance vis-à-vis des personnes à qui le propriétaire confie son automobile. Chr. au D. H. 1930, pp. 33-36 précité. Josserand, Chr. D. H. 1928, p. 33.

(4) Demogue : Les notions fondamentales du Droit privé, 1911, chap. VIII, p. 158. V. de même Léon Bourgeois : Sa solidarité. 7^e édit. Paris 1912.

Emile Boutroux : Rôle de l'idée de solidarité dans Essai d'une Philosophie de la Solidarité (Conférences présidées par Léon Bourgeois et Alfred Criset) Paris 1902.

CONCLUSION

Depuis l'époque — déjà si lointaine — de la rédaction du Code Civil, bien des institutions et bien des parties du droit privé ont changé d'aspect (1). Mais aucune n'a subi peut-être des modifications aussi profondes, aussi radicales que la matière de la responsabilité délictuelle de l'article 1384 § 1 et 5 du Code Civil. Nous n'avons pas à reprendre ici l'histoire devenue classique de ces changements et de ces transformations. Ce qui nous intéresse, c'est plutôt la manière dont ces changements se sont réalisés.

S'il est vrai que dans toute science, l'évolution loin d'être rigoureusement continue, ne se réalise, au contraire, que par à-coups plus ou moins forts, plus ou moins marqués, le Droit en tant que Science sociale ne saurait déroger à cette règle. Quels sont à cet égard les procédés d'évolution du Droit en général ? On y remarque d'abord des variations brusques, véritables solutions de continuité, comme les interventions législatives, en général (2), ou comme les revirements retentissants de la jurisprudence. Mais ce n'est là qu'un pis aller, une mesure à laquelle on a recours qu'en

(1) V. Duguit : Les transformations générales du droit privé... Esmein : La jurisprudence et la doctrine, *Rev. trim.*, 1902, pp. 5-19.

(2) Alors qu'elles ne se bornent pas évidemment à consacrer d'une manière légale un résultat lentement et insensiblement acquis par la jurisprudence.

dernière extrémité. Aussi, le droit évolue-t-il d'une autre manière encore plus lente peut-être (1), mais aussi plus sûre : et, tandis que les principes demeurent formellement les mêmes, tout un travail d'assouplissement intérieur s'effectue qui a pour but d'adapter (dans la mesure bien entendu où elles le permettent) les règles du droit aux réalités toujours mouvantes de la vie juridique. Avant de changer par conséquent de cadre et de tout renouveler, on tente d'extraire du contenu de l'ancien principe toute la substance dont il est riche. C'est là le but de l'effort technique de la jurisprudence — et il va sans dire que les dispositions mêmes de la loi se prêtent à ce travail. Le principe que la loi pose n'est jamais qu'une abstraction puisque visant, non pas une situation de fait unique, mais l'ensemble des hypothèses concrètes où celle-ci viendra s'insérer et la généralité et le vague de ses termes lui permettront non pas seulement l'application stricte aux hypothèses d'avance prévues, mais aussi une certaine adaptabilité à des situations assez semblables, une certaine élasticité, une certaine souplesse... La règle de droit, loin de constituer un instrument de solution quasi-mécanique et automate des espèces, se révèle de plus en plus, en droit moderne, comme une ligne de conduite ou une directive qui laisse aux juges d'assez larges pouvoirs d'appréciation. C'est parmi ces directives ou *standards* que la règle de l'article 1384 § 5 du Code Civil — comme celle de l'article 1382, d'ailleurs — doit se placer. La notion de *faute*, la notion de *préposé*... pourront, certes, à tel moment de l'évolution historique,

(1) Cette lenteur est souvent déplorée par les adversaires de la théorie du risque créé. Voir Colin et Capitant, *op. et loc. cit.*

être déterminées avec précision (1). Mais comme leur contenu est essentiellement variable, la définition obtenue ne sera valable que pour l'instant ou l'époque choisie, de même qu'un appareil photographique ne peut, dans un instantané, saisir qu'un seul aspect de la physionomie changeante d'une personne. Il n'y a pas, par conséquent, « une définition de la notion de préposé », mais autant de définitions différentes qu'il y a d'époques où cette notion présente un aspect différent...

Maintenant, le mouvement d'ensemble de ces variations se dessine dans le sens d'un élargissement continu de la notion de préposé. Le domaine d'application de cette dernière deviendra de plus en plus large et des hypothèses toujours nouvelles viennent se ranger auprès des anciennes dans le cadre du même texte de l'article 1384 § 5. A cet égard, nous avons eu à distinguer trois époques différentes que nous avons respectivement nommées : époque *classique*, époque *sociale*, époque *moderne*.

La période classique s'inspirait de la subordination du préposé par rapport au commettant (qui le choisit, qui le surveille, qui le dirige dans son travail) faisait de ce préposé un simple *domestique* attentif et obéissant aux ordres de son maître. Bientôt cependant, cette conception devait se révéler insuffisante et nous assistons alors, avec la période sociale, à un premier élargissement de la notion de préposé, à une première transformation du contenu de cette notion. La jurisprudence arrive à appliquer l'article 1384 § 5 du Code Civil à des personnes qui n'étaient nullement

(1) Puisque « ... par l'identification d'une certaine situation de fait avec une notion légale toute qualification entraîne directement une définition de cette notion ». Gabriel Marty, *La distinction du fait et du droit*, thèse Toulouse, 1929, p. 205.

placées en ce qui concerne l'exécution de leur travail sous la surveillance effective de leur maître ou de leur patron. De ce fait, les rapports de commettant à préposé deviennent des rapports de dépendance économique et sociale et la condition du préposé devient identique à celle d'un *travailleur*, d'un *ouvrier salarié*.

Cependant (et bien que l'article 1384 § 5 était susceptible de s'appliquer désormais à tout un ensemble d'hypothèses nouvelles) son domaine demeurerait encore trop étroit par rapport à d'autres nécessités sociales plus récentes qui se sont faites jour. Et de même que l'on a pu considérer injuste et inéquitable de refuser l'action fondée sur l'article 1384 § 5 à la victime d'un dommage causé par une personne exerçant une fonction pour le compte d'autrui — encore que cette personne n'avait pas été en fait placée sous la surveillance effective du maître de l'ouvrage — on considéra à l'époque suivante que la victime d'un accident d'automobile méritait la protection de la loi — bien que l'auteur de l'accident ne recevait, en fait, de la part du propriétaire de l'automobile, aucune rémunération, aucun salaire. C'est pourquoi, dans la période moderne, nous avons cru pouvoir dégager les rapports de commettant à préposé et de l'idée de *subordination* (si chère aux auteurs classiques) et de l'idée de *rémunération* (ou de dépendance économique et sociale). A notre sens, ces rapports ne sont à l'heure actuelle que de simples *rapports fonctionnels* et nos vues se sont trouvées confirmées, sur ce point, par les arrêts de la jurisprudence récente.

Du fait même d'une nouvelle définition de la notion de préposé, les deux conditions d'application de l'article 1384 § 5 du Code Civil nous sont apparues elles-mêmes sous un jour nouveau. Et si la seconde de ces deux conditions (à

savoir le dommage causé par le préposé dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions) demeurerait la même, la première (à savoir la qualité de préposé de l'auteur du dommage) acquerrait une précision incontestable : ledit préposé étant une personne ayant tout simplement une certaine *fonction à remplir pour le compte* du commettant.

Cette idée de fonction exercée pour le compte d'autrui assigne des limites maxima au domaine d'application de l'article 1384 § 5, en attribuant la qualité de préposé à des personnes dont la condition est plus ou moins discutée, soit en jurisprudence, soit, et surtout, en doctrine.

C'est ainsi que — et sans parler du *conducteur bénévole* de l'automobile qui devient le préposé du propriétaire pour tout ce qui concerne ses fonctions de chauffeur improvisé (ce qui permet d'accorder la qualité de préposée à la *femme mariée qui conduit* la voiture de son mari, de même que cela permet — à notre avis — de qualifier de préposé *le mari qui conduit* l'automobile appartenant à sa femme) — deviennent des préposés, au sens moderne du terme : le *capitaine de navire* (préposé de l'armateur pour tout ce qui concerne ses fonctions nautiques) — le *mandataire* (préposé de son mandat à telle ou telle opération déterminée et qui engage la responsabilité de ce dernier par ses abus de mandats ou de fonction) — le *gérant d'affaires* (préposé du géré pour tout ce qui concerne ses actes de gestion) — le *médecin* (préposé de l'administration de l'assistance publique ou de la compagnie de chemins de fer qui l'emploie, pour tout ce qui concerne le service qu'il doit remplir) — le *tuteur* (préposé de son pupille pour tout ce qui concerne son activité en tant que tel) — ... Toutes ces diverses applications pratiques s'imposent nécessairement

si l'on adopte — comme nous l'avons fait — l'idée de *fonction exercée pour le compte d'autrui*.

L'extension que les rapports de complaisance ont donné à la notion de préposé ne se révèle donc nullement inutile, comme certains auteurs semblaient le procamer récemment. Evidemment, en matière d'accident d'automobile (dont la conduite a été confiée à autrui) l'idée de garde serait arrivée exactement au même résultat que l'idée de préposition. Mais l'extension dont il s'agit en permettant au commentateur de donner une nouvelle définition de la notion de préposé et du rapport de préposition et en substituant aux anciennes idées de subordination ou de rémunération l'idée moderne de fonction exercée pour le compte d'autrui a non seulement justifié certaines applications pratiques qui étaient contestées par une certaine fraction de la doctrine, mais elle a laissé entrevoir pour l'avenir la possibilité de l'application de l'article 1384 § 5 du Code Civil à des hypothèses toutes différentes et a ouvert à la jurisprudence des voies nouvelles.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Civ. cass.	Cour de Cassation, Chambre civile, arrêt de cassation.
Civ. rej.	Cour de Cassation, Chambre civile, arrêt de rejet.
Crim. cass.	Cour de Cassation, Chambre criminelle, arrêt de cassation.
Crim. rej.	Cour de Cassation, Chambre civile, arrêt de rejet.
D.H.	Dalloz. Recueil hebdomadaire de jurisprudence.
D.P.	Dalloz. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux.
P.F.	Pandectes françaises.
Req.	Cour de Cassation. Chambre des requêtes.
Rev. crit.	Rev. critique de législation et de jurisprudence.
Rev. dor.	} Revue de droit maritime comparé.
Rev. Dr. mar. comp.	
Rev. gen. ass. terr.	Revue générale des assurances terrestres.
Rev. int.	Revue internationale de droit maritime.
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil.
S.	Sirey. Recueil général de lois et arrêts.
Tr. civ.	Tribunal civil.
Tr. corr.	Tribunal correctionnel.
Tr. comm.	Tribunal de commerce.

BIBLIOGRAPHIE

Cours de Droit civil et Traités généraux

- AUBRY et RAU : Cours de Droit civil français, tome VI, 5^e édition, revue par M. E. BARTIN, Paris, 1920.
- BAUDRY-LACANTINERIE : Traité théorique et pratique du Droit civil, Obligations, tome IV, 3^e éd., Paris, 1908, nos 2911-19, pp. 615-634.
- BEUDANT : Cours de Droit civil français, publié par son fils R. BEUDANT, Paris, 1906, t. IV (avec un appendice sur la responsabilité par R. BEUDANT et H. CAPITANT).
- COLIN et CAPITANT : Cours élémentaire de Droit civil français, 7^e éd., Paris, 1932, t. II.
- COLMET DE SANTERRE : (continuant le Cours analytique de Code civil de DEMANTE), 3^e éd., Paris, 1896, t. V.
- DANJON : Traité de droit maritime, 2^e éd., Paris, 1926, t. II.
- DEMOLOMBE : Cours de Code Napoléon, Paris, 1882, tome XXXI.
- DEMOGUE : Traité des obligations en général, t. V, n^{os} 881-960, pp. 73-170, Paris, 1925.
- HUC : Commentaire théorique et pratique du Code civil, Paris, 1895, t. VIII.
- JOSSERAND : Cours de Droit civil positif français, tome II, n^{os} 507-514, pp. 246-250, Paris, 1930.
- LAROMBIÈRE : Théorie et pratique des obligations, Paris, 1885, t. VII.
- LAURENT : Principes de droit civil français, 3^e éd., Paris, 1878, t. XX.
- LYON-CAEN et RENAULT : Traité de droit commercial, 5^e éd., Paris, 1931, t. V.
- PLANIOU : Traité élémentaire de droit civil. Les Obligations en concours avec ESMEIN, 12^e éd., Paris, 1932, t. II.
- PLANIOU et RIPERT : Traité pratique de Droit civil français, Paris, 1930, t. VI, n^{os} 641-654, pp. 867-884 (Les Obligations avec le concours de P. ESMEIN).

RIPERT : Droit maritime, 3^e éd., Paris, 1929, t. I, n^{os} 841 et 870, pp. 913 et 943 ; t. II, n^{os} 1228-1256, pp. 180-215.

WAHL : Précis théorique et pratique de droit maritime, Paris 1924.

Traité de la responsabilité délictuelle.

GARDENAT et SALMON RICCI : *De la responsabilité civile*, Paris, 1927, n^{os} 91-112, pp. 437-443 (préface par M. Georges RIPERT).

LALOU : *La responsabilité civile*, 2^e édition, Paris, 1932, n^{os} 1021-1082, pp. 471-497.

MAZEAUD (Henri et Léon) : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* (préface par M. CAPITANT), Paris, 1931, tome I, n^{os} 857-965, pp. 613-674 ; t. II, n^{os} 2731-2741, pp. 963-970.

SOURDAT : *Traité général de la responsabilité*, 5^e éd., Paris, 1902, t. II, n^{os} 884-930, pp. 131-196.

Etudes d'ensemble sur la responsabilité.

BEUDANT et CAPITANT : *Esquisse d'une théorie générale de la responsabilité civile* dans les Annales de l'Université de Grenoble, 1906, tome XVIII, pp. 601-659.

FROMAGEOT : *De la faute comme source de responsabilité en droit privé*, thèse Paris, 1891.

RUTSAERT : *Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Paris, 1930.

TEISSEIRRE : *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, thèse Aix, 1901.

TRIANDAFIL : *L'idée de faute et l'idée de risque*, thèse Paris, 1914.

WILLEMS : *Essai sur la responsabilité édictée par les art. 1382 et 1386 du C. civ.* Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence, 1895, pp. 110-149 et 1896, pp. 18-31, 229-249, 385-397.

Etudes sur la responsabilité des commettants.

ARTICLES DE REVUES.

DEMOGUE : Chr. dans la Revue trimestrielle de droit civil, 1908, p. 355 : *Notion de préposé* — ; 1913, p. 618 : *Notion de préposé* ; 1914, p. 650 : *De la responsabilité des assureurs contre leurs cour-*

tiers — ; 1917, p. 132 : *Notion de préposé et de la femme mariée préposée du mari* — ; 1920, pp. 350 et 353 : n° 6, *Dans quelles conditions un commettant répond-il de l'acte du sous-préposé* ; n° 8, *Responsabilité du comité d'assistance qui place les enfants à la campagne* ; n° 9, *Etendue que peut avoir l'autorisation maritale* — ; 1925, p. 346 : *Responsabilité de celui qui apprend à un autre à conduire une automobile* — ; 1930, p. 374 : *Situation du mari conduisant l'automobile appartenant à sa femme*.

ESMEIN : *Examen doctrinal* dans la Revue critique, 1915-24, p. 193.

PLANIOL : *Etudes sous la responsabilité civile* dans Revue critique de législation et de jurisprudence, 1909, p. 282-301.

RIPPERT : *Examens doctrinaux* dans Revue critique, 1907-1915.

NOTES DE JURISPRUDENCE.

A. A. (Note signée) sous Cass. Req., 15 juill. 1930, S. 1931.1.225.

ANONYME (Note) sous Douai, 26 juill. 1928, Gaz. Pal., 1930 1^{er} sem., 312.

ANONYME (Note) sous Trib. civ. de la Seine, 25 mars 1925, Gaz. Pal., 1925 2^e sem., 81.

APPLETON : Note sous Crim., 13 mars 1923, D.P. 1923.1.137.

BESSON (André) : Note sous Paris, 14 mars 1930, D.P. 1930.2.115.

Note sous Dijon, 20 juill. 1927, D.P. 1928.2.13.

DALLANT (René) : Note sous Crim., 9 janv. 1931, D.P. 1931.1.171.

Note sous Paris, 5 déc. 1925, D. P. 1929.2.95.

HUGUENY : Note sous Req., 27 nov. 1911, S. 1915.1.113.

Note sous Req., 29 déc. 1919, S. 1922.1.33.

LOUP (Jean) : Note sous Toulouse, 6 mars 1930, D. P. 1930.2.97.

Note sous Bordeaux, 14 avril 1931, D.P. 1931.2.45.

NAST : Note sous Crim., 9 juill. 1921, D.P. 1922.1.217.

PERREAU (E.-H.) : Note sous Dijon, 18 mars 1903, S. 1906.2.17.

PIC (Paul) : Note sous Civ., 6 juill. 1931, D.P. 1931.1.121.

Note sous Trib. civ. de Toulouse, 9 janv. 1931, D.P. 1931.2.40.

Note sous Trib. civ. de St-Etienne, 27 août 1931 (etc...), D.P. 1931.2.113.

PICARD (Maurice) : Note sous Paris, 14 mars 1930, dans Revue générale des Assurances terrestres, 1930, p. 577.

PLANIOL : Note sous Angers, 25 janv. 1892, D.P. 1892.2.465.

ROUX : Note sous Aix, 13 mars 1914, S. 1914.2.177.

Note sous Crim., 9 juill. 1921, S. 1921.1.137.

Note sous Crim., 13 mars 1923, S. 1923.1.385.

- SAVATIER : *Note sous Crim.*, 13 janv. 1922, D.P. 1923.1.5.
Note sous Crim., 19 janv. 1927, D.P. 1928.1.17.
Note sous Req., 1^{er} mai 1930, et Civ., 24 juin 1930, D.P. 1930.1.137.
Note sous Req., 16 déc. 1929, D.P. 1931.1.49.
WALINE : *Note sous Req.*, 4 juin 1929, D.P. 1929.1.153.

THÈSES DE DOCTORAT

- BAHGAT (Mohamed Hilmy) : *La responsabilité du commettant à raison des faits de ses préposés (Etude de droit comparé)*, thèse Paris, 1929.
BARRET-LAGARRENNE : *De la responsabilité du fait d'autrui*, thèse Bordeaux, 1855.
BASTIDE d'IZARD : *Les applications actuelles de la responsabilité des maîtres et commettants*, thèse Montpellier, 1925.
CHEVALIER (Paul) : *De la responsabilité civile à raison du fait d'autrui*, thèse Paris, 1897.
DALLANT (René) : *La notion de préposé dans l'art. 1384 du C. civ.*, thèse Poitiers, 1927.
DEMARNE : *De la responsabilité des commettants*, thèse Paris, 1911.
DEWISME : *La notion de préposé en droit civil*, thèse Paris, 1908.
DHORNE : *De la responsabilité civile qui incombe à une personne en raison du dommage causé par une autre*, thèse Paris, 1898.
FLOUR (Jacques) : *Les rapports de commettants à préposé dans l'art 1384 du Code civil*, thèse Caen, 1933.
GARNIER (René) : *De la notion de préposé mettant en jeu la responsabilité des maîtres et commettants*, thèse Rennes, 1927.
LABICHE : *De la responsabilité à raison du fait d'autrui*, thèse Poitiers, 1881.
LOT : *De la responsabilité du fait d'autrui en droit français*, thèse Paris, 1886.
MARTEAU : *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, thèse Aix, 1914.
MONDET : *Le recours des personnes responsables des faits d'autrui*, thèse Bordeaux, 1897.
STOICESCU : *De la responsabilité du fait d'autrui* (art. 1384 du C. civ.), thèse Paris, 1908.
VAN DEN DRIESSCHE (J.-E.) : *De la faute de fonction du préposé génératrice de la responsabilité civile du commettant*, thèse Lille, 1924.
ZINGHER (Maurice) : *De la responsabilité civile du commettant*, thèse Paris, 1923.

*Etudes sur différents problèmes de la responsabilité
et ouvrages divers.*

- AILLET : *La responsabilité objective*, Rev. de morale et de métaphysique, 1906, p. 838 et suiv., 1907, pp. 40-65.
- APPLETON : *Note sous Cons. d'Etat*, 22 déc. 1932, D.P. 1925.3.9 (Responsabilité de la puissance publique en matière d'accidents d'automobile).
- AUBRUN : *Note sous Aix*, 25 mai 1916, D.P. 1919.2.65 (Responsabilité du propriétaire du navire du fait de son capitaine).
- BEQUÉ : *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle* (Contribution à l'étude du Droit comparé des obligations), Rev. trim. de Dr. civ., 1914, pp. 251-320.
- BESSON : *Effets du contrat d'assurance vis-à-vis des personnes à qui le propriétaire confie son automobile*, D.H. 1930, Chr., pp. 33-36.
La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses, thèse Dijon, 1927.
- BRUN (André) : *Rapports et domaine de la responsabilité contractuelle et délictuelle*, thèse Paris, 1930.
- CAPITANT (H.) : *Les fluctuations de la théorie de la responsabilité du dommage causé par le fait des choses inanimées*, D.H. 1927, Chr., n° 21, p. 49.
- CÉZAR-BRU et MORIN : *La responsabilité, la faute, l'abus du droit* dans les Annales de la Faculté d'Aix, 1906, t. II, pp. 64-106.
- CHIRONI : *La Colpa nel Diritto civile odierno. Colpa extra-contractuale*, Turin, 1886-1887, 2 vol.
- COLIN : *De la détermination du mandat salarié*, thèse, Paris, 1931.
- COSTES : *Essai sur la nature juridique du contrat d'entreprise*, thèse, Toulouse, 1913.
Note sous Civ., 24 avril 1925, S. 1928.1.65 (contrat d'entreprise).
- CUCHE (Paul) : *Du rapport de dépendance élément constitutif du contrat de travail* dans Rev. crit., 1913, pp. 412-427.
La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique, D.H. 1932, Chr., pp. 101-104.
- DEMOGUE : *De la réparation civile des délits* (étude de droit et de législation, Paris, 1898.
Note sous Civ., 11 janv. 1922, S. 1924.1.105 (Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle).
Les notions fondamentales du Droit privé, Paris, 1911.
- DUEZ (Paul) : *La Responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat*, Paris, 1927.
- DUGUIT : *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912.

- ESMEIN : *La jurisprudence et la doctrine* dans la Rev. trim., 1902, pp. 5-19.
- FALCIMAIGNE : *Note au D.P. 1927.1.141* (Contrat de travail et contrat d'entreprise).
- FLINIAUX : Discours à la rentrée de la Faculté de Droit dans les Annales de l'Université de Paris, 1928, p. 116.
- GAUDEMET : *Une évolution nouvelle de la théorie de la responsabilité civile*, dans Rev. trim. de droit civil, 1927, p. 899.
- GÉNY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Préface de Raymond SALEILLES), 2^e édit., Paris, réimpression 1932, t. I et t. II.
Science et technique en droit privé positif, t. I, Paris, 1911, t. II, 1915, t. III, 1921, t. IV, 1924.
Risques et responsabilité, dans la Rev. trim., 1902, pp. 812-849.
Note sous Paris, 21 févr. 1930, S. 1930.2.99. (Arrêts de principes et arrêts d'espèce).
- GIORGI (Giorgio) : *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno*, Firenze, 7^e édit., 1909, t. V, n° 326.
- HAURIOU : *Note sous Trib. des conflits*, 29 févr. 1908, S. 1908.3.97, pp. 97-98.
Note sous Conseil d'Etat, 8 mars 1907 et trib. des conflits, 10 juill. 1907, 11 avril et 23 mai 1908, S. 1909.3.49 (Faute de service).
- JÈZE : *De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence* dans Rev. du droit public et de la science politique, 1914, pp. 312-313.
- JOSSERAND : *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897.
Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile, D.H. 1926, Chr., p. 21.
Les collisions entre véhicules et la responsabilité civile, D.H. 1928, Chr., p. 33.
Note sous Trib. civil de Bourges, 7 févr. 1895 (5 arrêts), D.P. 1900.2.289.
Note sous Trib. civ. de Lectoure, 10 avril 1925, D.P. 1925.2.105.
Note sous Req., 29 mai 1927, D.P. 1927.1.137.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *Les différents aspects de la notion d'ordre public en droit privé français* (Cours de doctorat, 1931-32 et 1932-33).
- LESCUDIER : *Le salarié, Notion juridique*, Paris, 1931.
- LEVILLAIN : *Note sous Civ.*, 18 mars 1878, D.P. 1878.1.193.
Note sous Caen, 16 juill. 1879, D.P. 1881.2.169.

- LÉVY (Emmanuel) : *Responsabilité et contrat* dans Rev. critique, 1889, pp. 361-398.
- LOUBERS (H.) : *La faute, le risque, l'abus du droit* dans Rev. générale du Droit, t. XXXI, 1907, p. 256.
- LOUIS LUCAS (P.) : Un arrêt récent sur la responsabilité civile du fait d'autrui dans la *Semaine juridique*, 1933, pp. 105-109.
- LYON-CAEN : *Note sous Civ.*, 23 juin 1896, S. 1898.1.209.
- MALLIEUX : *Le rôle de l'expérimentation dans les raisonnements des jurisconsultes* dans Rev. de morale et de métaphysique, 1907, p. 755.
- MARTINI : *La notion du contrat de travail*, thèse Paris, 1912.
- MARTY : *La distinction du fait et du droit (Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les Juges du fait)*, thèse Toulouse, 1929.
- MAZEAUD (Henri) : *La faute dans la garde* dans la Rev. trim., 1925, pp. 793-855.
Note sous Req., 19 déc. 1927, et civ., 30 janv. 1928, S. 1928.1.177 (Responsabilité du fait des choses et responsabilité du fait des animaux).
- MAZEAUD (Léon) : *Note sous Req.*, 2 mars 1927, D.P. 1927.1.121 (Le cas fortuit et la force majeure).
- PERREAU (E.-H.) : *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, 1923.
Note sous Trib. civ. de la Seine, 24 mai 1921, S. 1924.2.57 (Responsabilité des médecins).
- PIC (PAUL) : *Note sous Civ.*, 6 juill. 1931, D.P. 1931.1.121.
Note sous Trib. civ., Toulouse, 9 janv. 1931, D.P. 1931.2.40.
Note sous Trib. civ. de St-Etienne, 27 août 1931 (etc... 3 arrêts), D.P. 1931.2.113.
- PLANIOL : *Note sous Trib. civ. de Bourges*, 7 févr. 1895 (5 arrêts), D.P. 1900.2.289.
Note sous Req., 21 mars 1893, D.P. 1893.1.433 (Responsabilité du mineur pour les faits dolosifs de son tuteur).
- POPESCO-RAMNICEANO : *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse Paris, 1927.
- RENDU (André) : *La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence moderne*, thèse Paris, 1909.
- RICOL : *Note sous Grenoble*, 15 nov. 1921, etc... (7 arrêts), D.P. 1926.2.121.
- RIPERT : *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e éd., Paris, 1927.
Note sous Civ., 21 févr. 1927, D.P. 1927.1.97.
Note sous Rouen, 12 mai 1926, Rev. de Dr. maritime comparé, 15, pp. 397-422.
Note sous Civ., 27 mars 1928, D.P. 1928.1.145.

- ROUAST : *La notion de contrat de travail et la loi sur les assurances sociales*, Recueil de droit commercial, 1929, pp. 102-105.
Note sous Civ., 29 août 1929, et *Req.*, 31 juill. 1929, D.P. 1930.1.6.
L'heure et le lieu du travail et la notion du risque professionnel dans *Rev. générale des Ass. terrestres*, 1931, pp. 512-524.
- SALEILLES : *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897.
Théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand, édit. 1923.
 Compte rendu de la thèse de M. Paul Renker : *De la non responsabilité conventionnelle*, Dijon, 1893, dans *Revue Bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, 1894, pp. 647-666.
Le risque professionnel dans le Code civil dans la Réforme sociale, 1898, pp. 634-667.
Note sous Civ. 16 juin 1896 et *Req.*, 30 mars 1897, D.P. 1897.1.433 (Responsabilité du fait des choses).
De la personnalité juridique, 2^e édit., Paris, 1922 (Préface de M. H. CAPITANT).
- SAVATIER : *Note sous Civ.*, 16 novembre 1920, D.P. 1920.1.169.
Note sous Req., 10 novembre 1924, D.P. 1925.1.49.
Note sous Poitiers, 5 décembre 1923, D.P. 1924.2.73.
Note sous Montpellier, 8 octobre 1924 (etc..., 8 arrêts), D.P. 1925.2.41.
Note sous Req., 9 juin 1928, D.P. 1928.1.153.
Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, D.H. 1931, chr., p. 9.
- WORMS : *La sociologie, sa nature, son contenu, ses attaches*, Paris, 1926.

Vu :

Le Président de la thèse,
 R. DEMOGUE.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
 Edgar ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
 S. CHARLETY.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages
1° <i>Objet et intérêt de l'étude.</i>	
Le rôle de la jurisprudence dans la détermination du contenu des notions de commettant et de préposé. L'apparition d'une jurisprudence nouvelle (en matière de relations de complaisance).	7
2° <i>Méthode à suivre.</i>	
Les vices de méthode de certains auteurs concernant les données du problème, l'ordre du développement des questions et la conception particulière du rôle de la jurisprudence . . .	10
Caractère scientifique du Droit. — Brève comparaison des Sciences naturelles et des Sciences sociales. Analogie du rôle du facteur expérimental. Prééminence à donner, en général, aux solutions de la jurisprudence sur les systèmes construits par la doctrine.	14
3° <i>Plan.</i>	
Les limites de notre étude : la notion de préposé dans l'article 1384 § 5 du Code Civil. — 1 ^{er} chapitre : l'évolution jurisprudentielle de cette notion, les conditions actuelles d'application de l'article 1384 § 5, la nature du rapport de préposition. — 2 ^e chapitre : les sources de ce rapport. — 3 ^e chapitre : les critères ou signes de responsabilité.	22

PREMIER CHAPITRE

LE RAPPORT DE COMMETTANT A PREPOSE ET LES CONDITIONS ESSENTIELLES D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1384 § 5 DU CODE CIVIL.

Période classique, caractérisée par le mauvais choix, le défaut de surveillance et l'autorité. — Période sociale, caractérisée par les éléments de profits, de salaire et d'entreprise. — Période moderne caractérisée par l'idée de fonction exercée par le compte d'autrui.	26
1 ^{re} Section : Période classique.	
Formule jurisprudentielle courante : synthèse de deux critères du mauvais choix et du défaut de surveillance. . . .	27
1 ^{er} § : Le critérium du mauvais choix.	
Origines de ce critérium. Le droit romain.	29

	Pages
Bref aperçu historique de la responsabilité délictuelle pour autrui en droit romain et dans l'ancien droit français. Applications de ce critérium sous l'empire du Code Civil	29
2 ^e § : Le critérium du défaut de surveillance :	
Premier élargissement du critérium classique primitif.	37
3 ^e § : Applications jurisprudentielles. — Appréciation critique de ces deux critères : critique du mauvais choix : a) la limitation du choix dans certaines hypothèses ; b) la désignation du préposé par un autre que son commettant habituel, dans certains cas ; c) l'acceptation du préposé par un commettant occasionnel, au cas de pluralité de commettants.	42
Critique du défaut de surveillance : au cas de pluralité de commettants, la surveillance conservée est acquise respectivement par le commettant habituel et le commettant occasionnel.	42
Critique commune : le caractère irréfragable de la présomption de l'article 1384 § 5 du Code Civil et le rejet des critères classiques en tant que fondements de la responsabilité des maîtres et commettants	43
4 ^e § : Le critérium de l'autorité de droit.	
Applications jurisprudentielles de la formule nouvelle : l'importance de l'assouplissement de la formule classique : le profond changement qui s'opère, concernant le fondement même de la responsabilité des maîtres et commettants.	48
Le droit de donner des ordres et des instructions. — Sa nature. — L'étendue de son domaine d'application. — Ses sources	53
Analogies et différences entre le critérium classique de l'autorité et le critérium social qui lui fera suite.	56
2 ^e Section : La période sociale.	
1 ^{er} § : Le critérium de la dépendance économique et sociale. — Le rapprochement entre la condition du préposé et celle du salarié. Idée d'entreprise, de bénéfices et de profits. Le critérium social semble éclairer les sources de l'autorité. — Exemples d'arrêts faisant découler l'autorité de la situation économique d'entrepreneur	57
2 ^e § : Critique du critérium de la dépendance économique et de l'idée d'entreprise : insuffisance de cette dernière idée pour expliquer la responsabilité des maîtres du fait de leurs domestiques.	61
Avantages de la substitution de l'idée de rémunération à l'idée d'entreprise. Insuffisance cependant de l'idée de rémunération elle-même pour la période moderne qui va suivre : a) absence de tout salaire dans les relations de complaisance — b) absence de toute différence de classe sociale dans lesdits rapports.	64

3^e Section : La période moderne.

Pages

1 ^o § : Les conditions essentielles de la responsabilité des commettants : a) l'exercice d'une fonction pour le compte d'autrui — b) un dommage causé dans l'exercice de ses fonctions. — Ces deux conditions sont nécessaires et suffisantes. Applications jurisprudentielles de ce principe	71
Le conflit entre l'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui et l'idée d'autorité; exemple typique : mari conduisant l'automobile de sa femme	81
Les rapports de l'idée de préposition et de l'idée de garde. Substitution de l'idée de garde à l'idée de préposition en matière d'accidents d'automobile, au cas où la conduite a été confiée à autrui, en l'espèce par la femme au mari	81
Substitution de l'idée de préposition à l'idée de garde, dans la même hypothèse d'accident d'automobile et de conduite confiée à autrui, au cas de transport bénévole	82
Comparaison sur ce terrain des conditions d'application respectives de l'idée de préposition et de l'idée de garde. — Les prétendus avantages de cette dernière. — Le cas particulier du vol d'automobile. Jurisprudence. Irresponsabilité du propriétaire de la voiture. L'absence pour ce dernier et de la qualité de gardien juridique et de celle de commettant	86
Rejet par les arrêts récents des critères antérieurement admis :	94
Arrêts rejetant le critérium social; arrêts rejetant le critérium classique.	98
L'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui et la doctrine récente. Les concessions de M. Flour à l'idée de fonction et la distinction du but et des moyens. — Le cas du moniteur. — Le cas des préposés chargés de commandement . . .	100
L'opinion de M. Demogue. L'idée d'organisme déjà émise par M. Demogue. — Sa valeur et ses avantages.	103
(La conception des nouvelles lois en matière d'accident de travail et l'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui). (L'idée de fonction en droit comparé)	106
2 ^e § : La responsabilité de l'armateur pour les faits du capitaine de navire et les gens de l'équipage.	109
La conception classique : le capitaine de navire n'est pas un préposé. Jurisprudence contraire constante. Applications nombreuses de l'art. 1384 § 5 même	111
Attitude de certains représentants de la doctrine. — Méconnaissance des résultats de la jurisprudence	113
La théorie de la responsabilité réelle. — Critique de ce dernier terme. — Le principe de la limitation de la responsabilité de l'armateur. Modalités diverses d'application de ce principe; ex : la règle de l'abandon (art. 216 § 2 C. de Comm.)	116
Le cas du propriétaire qui loue son bateau à un armateur.	122

	Pages
Jurisprudence. Sa « raison d'être ». La difficulté de se fonder sur ces arrêts pour contester au capitaine de navire sa qualité de préposé.	
3 ^e § : Conclusion du premier chapitre. La notion de préposé et le rapport de commettant à préposé, dans les trois périodes de l'évolution jurisprudentielle : l'assimilation du préposé à un domestique dans la période classique (rapport de <i>dépendance</i>) à un ouvrier salarié dans la période sociale (rapport de <i>rémunération</i>) à un gérant d'affaires dans la période moderne (rapport <i>fonctionnel</i>).	132
Le rapprochement tenté par certains auteurs entre la responsabilité délictuelle pour autrui du droit privé et celle du droit public (<i>infra</i> 218)	133
Le moment de l'appréciation par le juge de la responsabilité des commettants dans les trois périodes envisagées	134

DEUXIÈME CHAPITRE

LES SOURCES DU RAPPORT FONCTIONNEL :

Le contrat de travail (ou de louage de services). — La gestion d'affaires. La solution négative de la très grande majorité de la doctrine en ce qui concerne l'application de l'art. 1384 § 5 à la gestion d'affaires. La solution positive de M. Demogue. Jurisprudence conforme à cette dernière opinion. — Le mandat. — Les rapports mondains.	136
Le cas du préposé qui agit en vertu d'un contrat nul. — La responsabilité des sous-préposés. Inutilité d'une autorisation préalable. La limite de cette extension. La distinction entre la gestion d'affaires et « l'usurpation des fonctions »	142
Les rapports de l'idée de préposition et de l'idée de représentation. L'idée de représentation au sens large du mot. La thèse de Chironi.	145
Responsabilité contractuelle du mandant pour les dommages causés par le mandataire au co-contractant par l'inexécution du mandat. Responsabilité délictuelle du même mandant pour les dommages causés aux tiers victimes d'un abus commis par le mandataire à l'occasion de l'exécution de son mandat. — Le moment de la réalisation du dommage par le préposé et le moment de son entrée en fonctions.	146

TROISIÈME CHAPITRE

LE PROBLÈME DE L'ATTRIBUTION DES RISQUES. LE RÔLE DU JUGE.

La difficulté de l'attribution des risques au cas de pluralité de commettants. La valeur de certains signes ou éléments d'appréciation (applications jurisprudentielles) :	153
--	-----

	Pages
a) Le choix ou la désignation :	157
b) La surveillance effective : l'idée de compétence technique et les critiques qu'elle soulève. L'apparente contradiction à ce point de vue des arrêts de la jurisprudence. — Le cas du médecin préposé de l'assistance publique ou d'une compagnie de chemin de fer	160
c) La dépendance économique et sociale, les bénéfices et les profits	169
d) La durée des fonctions du préposé	171
e) Le degré d'autonomie du préposé dans l'exercice de ses fonctions	176
Appréciation de ces divers éléments (contradictoires) par le juge ; principe directeur de son choix. Le but de la loi : le désintéressement de la victime. — Le rôle des données économiques. L'interprétation (sociale) de la convention des parties et l'attribution des risques.	182

APPENDICE

<i>Premier chapitre : Le droit de recours</i>	196
Domaine de l'exercice de la fonction pour le compte d'autrui (art. 1384 § 5) et domaine du fait personnel du préposé (art. 1382) : la zone intermédiaire de l'abus des fonctions et la combinaison des règles de ces deux articles	197
Les textes spéciaux prévoyant un droit de recours et le silence de l'article 1384 § 5 du C. Civ. à cet égard	200
La doctrine classique : principe du recours. — La doctrine sociale : absence de tout recours	201
Les conséquences de la doctrine classique, l'idée de cautionnement et l'idée de solidarité. La responsabilité du commettant aurait un caractère subsidiaire.	
Critique de la doctrine classique et de ses conséquences : le recours <i>intégral</i> admis dans certaines hypothèses par la jurisprudence suffit pour rejeter l'idée de solidarité. La demande en dommages-intérêts <i>principale</i> formée par la victime <i>directement</i> contre le civilement responsable (sans mise en cause du préposé et sans discussion préalable de ses biens) empêche d'accepter l'idée de cautionnement	206
Critique de la doctrine sociale : la jurisprudence admet le droit de recours dans certaines hypothèses	207
Conclusion : insuffisance de la doctrine classique et de la doctrine sociale. Examen de la jurisprudence	208
Arrêts qui sous prétexte d'appliquer l'art. 1384 § 5 font appel en réalité à l'art. 1382 :	209
Arrêts qui se rallient à la thèse classique :	211
Jurisprudence nouvelle : Paris, 14 mars 1930, D.P. 1930.2. 115, Note Besson, Rev. Gle des Ass. Terr., 1930. 577 Note	

	Pages
M. Picard, Req., 18 avril 1932. D.H., 1932, 284 : la distinction fondamentale de l'exercice et de l'abus des fonctions.	211
Critériums assez proches, mais distincts du critérium jurisprudentiel : a) critérium de l'initiative personnelle ; b) critérium des ordres formels. — Leur insuffisance	213
L'opinion de M. Demogue concernant le droit de recours : la répartition des risques entre le civilement responsable et l'auteur du dommage laissée à l'appréciation souveraine du juge.	216
Le rapprochement tenté par certains auteurs entre les préposés du droit privé et les fonctionnaires du droit public (la faute de fonction et la faute de service). Le rejet de cette analogie. Le seul point commun entre ces deux ordres différents de responsabilité : l'absence de recours	217
L'effort de la doctrine classique pour ramener les problèmes de l'art. 1384 § 5 sur le terrain de l'art. 1382 du C. Civil.	220
La conséquence de ce procédé : la subtilisation de la personnalité du préposé. La critique de cette doctrine.	
Les « ordres et les instructions » donnés par le commettant. Leur absence de tout rapport avec la réalisation du dommage	222
<i>Deuxième chapitre</i> : Le rapport de l'art. 1382 et de l'art. 1384 du C. Civ. — Le fondement de la responsabilité des maîtres et commettants : la doctrine classique et le principe de la faute. La doctrine sociale et l'idée de risque créé. — L'autonomie de l'art. 1384 par rapport à l'art. 1382 du C. Civ.	226
Certitude de cette autonomie au moins pour ce qui concerne l'art. 1384 § 1 ^{er} . Mais analogie de l'art. 1384 § 1 ^{er} et 1384 § 5 en ce qui concerne le fondement de la responsabilité.	230
Différence de fondement entre l'art. 1382 et l'art. 1384 § 5. L'idée de risque créé	233

CONCLUSION

La disposition de l'art. 1384 § 5 est une règle souple d'interprétation : un <i>standard</i> juridique	239
La définition de la notion de préposé varie avec les époques. Situations auxquelles l'idée de fonction exercée pour le compte d'autrui permet d'étendre l'art. 1384 § 5 : conducteur bénévole d'automobile (mari préposé de la femme, femme préposée du mari), capitaine de navire, mandataire, gérant d'affaires, médecin, tuteur . . . Utilité de l'extension jurisprudentielle de la notion de préposé en matière de relations de complaisance.	244

ERRATA

- Pages** 5, au lieu de *M. Caffin*, lire *M. Cassin*.
19, ligne 15, au lieu de *œuvre*, lire *l'œuvre*.
30, note 3, ligne 3, au lieu de *magstrum*, lire *magistrum*.
30, note 4, ligne 4, au lieu de *tabularii*, lire *stabularii*.
31, note 3, ligne 6, au lieu de *dammum*, lire *damnum*.
38, ligne 6, ajouter un (1).
38, note, au lieu de (4), lire (1).
43, note 3, ligne 3, au lieu de 29.151, lire 2.915.
45, note 2, ligne 2, au lieu de *le Code*, lire *du Code*.
47, ligne 8, au lieu de *fondement*, lire *fondements*.
62, note 1, ligne 17, au lieu de *nue idée*, lire *une idée*.
75, note 1, ligne 3, au lieu de *Thalier et Riert*, lire *Thaller et Ripert*.
93, ligne 4, au lieu de *une application constante de cet article et de l'idée de préposition*, lire *une application constante de l'art. 1384 § 5 et de l'idée de préposition*.
98, dernière ligne, au lieu de *de sa garde*, lire *de garde*.
104, ligne 10, au lieu de *aussi*, lire *ainsi*.
111, ligne 23, au lieu de *Obligatins*, lire *Obligations*.
123, ligne 6, au lieu de *métaphysques*, lire *métaphysiques*.
126, ligne 5, au lieu de *d'un navire*, lire *du navire*.
127, mettre le texte de la note (4) à la note (5) et réciproquement.
130, note 3, ligne 3, au lieu de *l'art. § 5*, lire *l'art. 1384 § 5*.
132, note 1, ligne 15, au lieu de *Lacré*, lire *Locré*.
135, ligne 12, au lieu de *dommage*, lire *dommages*.
137, ligne 5, au lieu de *louages d'ouvrages*, lire *louage d'ouvrage*.
140, note 1, au lieu de *H. préc.*, lire *th. préc.*
143, ligne 14, au lieu de (l'activité) *eu* ou non, lire (l'activité) *a eu* ou non.
145, ligne 12, au lieu de *De même que s'étaient rapprochées (jusqu'à se confondre l'une l'autre) l'idée de préposition et l'idée de garde sur le terrain des dommages causés par les accidents d'automobile (au cas où la voiture a été confiée à autrui)*, lire *De même que sur le terrain des dommages causés par les accidents d'automobile (au cas où la voiture a été confiée à autrui) l'idée de préposition et l'idée de garde s'étaient rapprochées jusqu'à se confondre l'une l'autre*.
147, ligne 2, au lieu de *mandataire*, lire *mandant*.
147, note 1, ligne 2, au lieu de *Chironi extracontrattuale*, lire *Chironi : Colpa extracontrattuale*.

- 148, note 1, ligne 23, au lieu de l'art. 1384, §, lire l'art. 1384 § 5.
155, ligne 13, au lieu de laquelle, lire lesquels.
175, ligne 7, au lieu de de compétence, lire compétence.
176, ligne 1, au lieu de *Cet élément n'est autre que celui de la l'exercice des fonctions*, lire *Cet élément n'est autre que celui de la plus ou moins grande liberté que conserve le préposé dans l'exercice de ses fonctions*.
186, ligne 15, au lieu de *mais aussi qu'il a crée à cause du risque*, lire *mais aussi à cause du risque qu'il a créé*.
193, ligne 6, au lieu de *comrendre*, lire *comprendre*.
195, note 1, ligne 4, au lieu de chemins de *er*, lire chemins de *fer*.
197, ligne 10, au lieu de *payasage*, lire *paysage*.
199, note (2), au lieu de plus loin, lire plus loin p. 211.
199, ligne 11, au lieu de *en vue à priori*, lire *une vue à priori*.
201, ligne 11, au lieu de *casi-délit*, lire *quasi-délit*.
202, note 3, ligne 22, au lieu de *idée, de*, lire *idée, que*.
203, ligne 7, au lieu de *inviolabilité*, lire *insolvabilité*.
205, note 1, au lieu de Baudry *La Cantinerie*, lire Baudry-*Lacantinerie*.
205, ligne 6, au lieu de demande dommages-intérêts, lire demande *en* dommages-intérêts.
207, ligne 3, au lieu de *le lien*, lire *de lien*.
209, ligne 15, mettre un point et virgule après des dites fautes.
211, ligne 24, au lieu de *refuse en commettant*, lire *refuse au commettant*.
217, ligne 10, au lieu de *d'appréciations*, lire *d'appréciation*.
223, ligne 13, au lieu de *propriépropriétaire*, lire *propriétaire*.
236, note suite, au lieu de *Obli.*, lire *Obligations*.
237, note 4, ligne 2, au lieu de *Sa solidarité*, lire *Solidarité*.
243, ligne 22, au lieu de *mandat*, lire *mandant*.
249, ligne 13, au lieu de *Rippert*, lire *Ripert*.
-

